Göttinger Studien
zu den Kriminalwissenschaften

María Laura Böhm

Der ‚Gefährder' und das ‚Gefährdungsrecht'



Universitätsverlag Göttingen

María Laura Böhm

Der ‚Gefährder' und das ‚Gefährdungsrecht'

This work is licensed under the
Creative Commons License 3.0 "by-nd",
allowing you to download, distribute and print the
document in a few copies for private or educational
use, given that the document stays unchanged
and the creator is mentioned.
You are not allowed to sell copies of the free version.



erschienen als Band 15 in der Reihe „Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften“ im Universitätsverlag Göttingen 2011

María Laura Böhm

Der ‚Gefährder' und das ‚Gefährdungsrecht'

Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung

Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften
Band 15



Universitätsverlag Göttingen
2011

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Institut für Kriminalwissenschaften
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Profs. Drs. Kai Ambos, Gunnar Duttge, Jörg-Martin Jehle, Uwe Murmann

Anschrift des Autors
María Laura Böhm
E-mail: Maria-Laura.Boehm@jura.uni-goettingen.de

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den OPAC der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek (http://www.sub.uni-goettingen.de) erreichbar und darf gelesen, heruntergeladen sowie als Privatkopie ausgedruckt werden. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion. Es ist nicht gestattet, Kopien oder gedruckte Fassungen der freien Onlineversion zu veräußern.

Satz und Layout: María Laura Böhm
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp

© 2011 Universitätsverlag Göttingen
http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-004-0
ISSN: 1864-2136

Für Rubén,

voller Liebe und Dankbarkeit

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung setzt sich mit neuen Adressaten des Strafrechts auseinander, deren Konstruktion im Strafrechtsdiskurs zunächst an Transformationen des Rechtsstaatskonzeptes denken lassen könnte. Eine genauere Betrachtung enthüllt jedoch alt bekannte Komponenten des Strafrechtes, die diesen neuen Figuren, den ‚Gefährdern', innewohnen. Eine Analyse von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur nachträglichen Sicherungsverwahrung und zur akustischen Wohnraumüberwachung verdeutlicht, dass rechtsstaatliche Prinzipien und Mechanismen nicht etwa obsolet, sondern vielmehr umformuliert und praktiziert werden. Das Strafrecht agiert – rechtsstaatskonform – immer aggressiver und immer zerstreuter. Diesen Manifestationen des gegenwärtigen Strafrechts, das sich gegen jegliche Gefährdung der Sicherheit richtet – und welches hier als ‚Gefährdungsrecht' bezeichnet wird –, ist dezidiert entgegenzutreten.

Die Arbeit wurde dem Institut für kriminologische Sozialforschung der Universität Hamburg im Wintersemester 2009/2010 als Dissertation vorgelegt. Für diese Veröffentlichung wurden Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung bezüglich der nachträglichen Sicherungsverwahrung aktualisiert, nachdem jeweils im Dezember 2009 und im Dezember 2010 ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ein Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung die Regulierung dieser Maßnahme stark beeinflusst und verändert haben. Die reformierte Rechtslage bestätigt die mit dieser Arbeit präsentierte Kritik, die somit auch im Hinblick auf andere dubiose Manifestationen im deutschen Strafrecht an Bedeutung gewinnt.

Bei meiner Erstgutachterin, Prof. Dr. Susanne Krasmann, möchte ich mich herzlich für ihre ständige Unterstützung, für aufklärende Gespräche und insbesondere für ihre Bereitschaft, mehrere frühere Versionen der sprachlich nicht korrigierten Kapitel ausführlich zu lesen und zu kommentieren, bedanken. Im gleichen Sinne möchte ich meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Jörg Arnold, herzlich dafür danken, dass er mir in ausführlichen Gesprächen am Max-Planck-Institut bei Freiburg bereichernde Kommentare gemacht hat.

Die Konrad Adenauer Stiftung ermöglichte diese Arbeit durch ihre finanzielle Unterstützung (zwischen Februar 2004 und September 2008). Dafür mein Dank an diese Institution, und auch deshalb, weil ich bei der Stiftung einen exzellenten Raum für Diskussion und Freundschaft gefunden habe. Die

Konfrontation mit den unterschiedlichsten Meinungen bei Seminaren und Treffen haben ohne Zweifel meinen kritischen Geist gefördert. In diesem Zusammenhang möchte ich mich insbesondere bei vier Personen bedanken, die vor und während meiner Promotion mich nicht nur institutionell, sondern vor allem menschlich begleitet haben. Meine Dank geht an Frau Monika Bing, an Herr Walter Fuchs, an Herr Dr. Detlev Preuße und an Herr Dr. Berthold Gees.

Diese Untersuchung ist auch nicht denkbar ohne kritische Anregungen und unmittelbare Unterstützung, die ich von vielen anderen Seiten erhalten habe. So danke ich insbesondere meinen sehr guten Freunden Ximena Useche Gómez aus Kolumbien und Prof. Dr. Armando Fernández Steinko aus Madrid, die immer ein Ohr für meine Zweifel und ein intelligentes Wort zum Nachdenken und zur Verbesserung meiner Arbeit parat hatten; mit der Ersten habe ich insbesondere meine Neigung zum postmodernistischen Denken geteilt, mit dem Letzteren habe ich grundsätzlich wegen dieses postmodernistischen Denkens gestritten.

Für ihre Unterstützung möchte ich auch meinen lieben Freunden Karolina Víquez aus Costa Rica und Dr. Pablo Galain Palermo vom MPI Freiburg danken, sowie Prof. Dr. Sebastian Scheerer, der nicht nur ein Leiter, sondern vielmehr das *Alma Mater* des Instituts für kriminologische Sozialforschung der Universität Hamburg ist und immer herzlich unterstützende Worte für meine Arbeit gehabt hat. Besondere Erwähnungen verdienen ferner meinen lieben Professoren, Kollegen und Freunden aus Buenos Aires, die mir schon vor dem Beginn meiner Promotion in Deutschland und dann immer wieder aus der Distanz ihre uneingeschränkte Unterstützung bewiesen haben. Unter ihnen möchte ich insbesondere den Öffentlichen Strafverteidiger vor dem Bundesgerichtshof Argentiniens, Herr Julián Horacio Langevin, sowie Prof. Dr. Juan Pegoraro, Prof. Dr. Juan Félix Marteau, Prof. Dr. Pablo de Marinis, Prof. Dr. Stella Maris Martínez, und nicht zuletzt *mis queridísimos amigos* Mariano Gutiérrez und Claudia Cesaroni erwähnen. In den vergangenen Jahren – und noch! – sind sie alle ständiges Vorbild, Unterstützung und Inspiration für mich gewesen.

Herrn Prof. Dr. Kai Ambos, Herrn Prof. Dr. Jörg-Martin Jehle, Herrn Prof. Dr. Gunnar Duttge und Herrn Prof. Dr. Uwe Murmann verdanke ich die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe des Instituts für Kriminalwissenschaften der Universität Göttingen. Für die geduldige Revision und Korrektur der Sprache in unterschiedlichen Phasen der Arbeit möchte ich mich herzlich insbesondere bei meinem Vater, Herr Günter Böhm, und bei meinem sehr guten Freund Herr Christian Alexander Arndt, sowie bei Frau Sabine Klein, Frau Uta Nolte, Frau Anina Timmermann, Herr Alper Tasdelem und Herr Dr. Florian Putzka bedanken.

Meine Dankworte gehen ebenso an meine Eltern. Ich bedanke mich bei meinem Vater, der seit jeher mit seiner ausdauernden deutschen Strenge und voller Liebe aus mir eine nützliche hartarbeitende Person machen wollte. Meiner Mutter, *Señora* Gloria Marañón, danke ich herzlich für ihr absolutes Vertrauen und ihrer alleskönnende Liebe. Beiden danke ich dafür, dass ich mich immer unterstützt gewusst habe und erfolgreich studieren durfte.

Die letzte und wichtigste Danksagung richte ich an die Person, die mich seit siebzehn Jahren unterstützt, und die mich trotz Verlust ihres eigenen beruflichen Wegs in den ersten Jahren in Deutschland dennoch immer bedingungslos nach vorne gebracht hat. Ohne die Liebe, Aufopferung und Vertrauen von meinem Mann Rubén Parmigiani, der bereit war, für einige Jahre Argentinien gegen Deutschland zu tauschen, hätte ich von dieser Arbeit nicht mal träumen können. Ihm meine vorbehaltlose Liebe und ewige Dankbarkeit.

María Laura Böhm
Göttingen, im März 2011

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

In der Kriminalpolitik finden seit einigen Jahren fachliche sowie öffentliche Diskussionen statt, die nicht zuletzt durch einige Skandalfälle und Gesetzesnovellen vorangetrieben worden sind. In diesen Diskussionen wird immer wieder darauf hingewiesen, dass Grenzlinien und Ziele des gegenwärtigen Strafrechts und Strafprozessrechts verwischen, während staatliche Instrumentarien und Interventionsmethoden aggressivere Formen annehmen.

Anlass zu diesen politischen, kriminologischen und schließlich auch rechtswissenschaftlichen[1] Diskussionen gaben sowohl deutsche als auch international geprägte Fälle: der Daschner-Fall in Frankfurt,[2] die Diskussion um

---

[1] Die Tagung *Herrschaft und Verbrechen: Die Konstruktion von Feindbildern als Leitmotiv einer modernen Kriminal- und Sicherheitspolitik?*, die im April von 2005 in Hamburg stattfand, macht beispielsweise die Beschäftigung mit dem Thema ‚Feind' in der gegenwärtigen Kriminologie deutlich.

[2] Der stellvertretende Polizeipräsident Frankfurts, Wolfgang Daschner, ordnete nach eigenen Angaben an, der Vernehmungsbeamte solle dem festgenommenen Magnus Gäfgen androhen, dass ein polizeilicher Kampfsportler ihm Schmerzen zufügen werde, wenn er nicht den Ort nennen würde, an dem er das entführte Kind Jakob von Metzler versteckt hielt. Der nach Übergabe des Lösegelds festgenommene Jurastudent

das deutsche Luftsicherheitsgesetz,[3] das Bekanntwerden der Verschleppung von Khaled El Masri,[4] die Gefangennahme von Murat Kurnaz[5] durch den US-Geheimdienst CIA, Überflüge während eines Treffens der G-8-Staaten in Rostock,[6] die Einführung eines biometrischen Passes[7] und ferner das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung staatsgefährdender schwerer Gewalttaten.[8]

Gäfgen hatte in der Nacht zum 1. Oktober 2002 mehrere falsche Verstecke genannt. Die Polizei ging zum Zeitpunkt der Androhung davon aus, dass Jakob von Metzler noch am Leben sein würde. Tatsächlich jedoch hatte Gäfgen den Jungen bereits vier Tage zuvor getötet und die Leiche an einem kleinen See unweit von Frankfurt abgelegt. Gäfgen nannte den tatsächlichen Ort, nachdem ihm Folter angedroht worden war. Er wurde im Juli 2003 zu lebenslanger Haft verurteilt. Der Fall löste eine heftige Diskussion um das Thema Folter aus. Für einen Überblick zu dieser Diskussion siehe *Platzdasch* 2005; aktueller über die Verbindung des Daschner Falls mit der Feindstrafrechtsdiskussion, *Heinrich* 2009: 128.

3 Das Luftsicherheitsgesetz – deutsches Bundesgesetz – wurde am 11. Januar 2005 zugunsten der Luftsicherheit und mit dem Ziel der Verhinderung von Flugzeugentführungen, terroristischen Anschlägen und Sabotageakten gegen den Luftverkehr verabschiedet. Die äußerste Maßnahme des Gesetzes ermöglichte eine *„unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt“* gegen ein Flugzeug, *„wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie* [die Maßnahme] *das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist“* (§ 14 Abs. 3). Am 15. Februar 2006 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass § 14 Abs. 3 gegen das Grundrecht auf Leben (Art. 2 Abs. 2 GG) und gegen die Menschenwürde (Art. 1 GG) verstößt und deshalb verfassungswidrig und nichtig ist. Über das Luftsicherheitsgesetz siehe *Archangelskij* 2005 (bes. S. 85 f.). Für eine kritische Analyse des Bundesverfassungsgerichturteil siehe *Winkeler* 2007 (bes. Teil 5).

4 Der Deutsch-Libanese Khaled el-Masri wurde von der CIA als mutmaßlicher Terrorist entführt und nach Afghanistan verschleppt, wo er verhört und gefoltert wurde. Seit 2007 ist er wieder frei. Zu diesem Fall siehe *Steiger* 2007.

5 Der Bremer Murat Kurnaz war mehr als vier Jahre ohne formelle Anklage eingesperrt und u.a. von deutschen Beamten in Guantanamo verhört worden. Siehe dazu den Bericht „Zurück aus Guantanamo“ (24.08.2006), in: http://www.zeit.de/2006/35/Kurnaz (zuletzt abgerufen am 10.12.2010). Siehe auch das Buch vom Murat *Kurnaz* zu seiner Erfahrung im Guantanamo („Fünf Jahre meines Lebens: Ein Bericht aus Guantanamo“, Berlin, Rowohlt, 2007).

6 Siehe dazu kritisch *Stolle* 2008.

7 Siehe dazu Bundesministerium des Innern http://www.epass.de (zuletzt abgerufen am 10.12.2010). Vgl. grundlegend dazu *Meuth* 2006; kritisch auch *Hornung* 2007.

8 Gesetzentwurf eines „Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten“ (Entwurf beschlossen am 14.01.2009 vom Bundeskabinett). Im Gesetz ist die Schaffung von zwei neuen Straftatbeständen vorgesehen: *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat* (§ 89a StGB) und *Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat* (§ 91 StGB). Diese Tatbestände stellen die Vorverlagerung der Strafbarkeit von organisatorisch nicht gebundenen Gewalttätern fest. Siehe kritisch dazu *Walter* 2008; *Prantl* 2009: „Die neuen Paragraphen 89a und b sowie 91 im Straf-

Betrachtet man diese Fälle im Kontext des Straf(prozess)rechts, scheint die Figur des ‚Verbrechers' zu verschwimmen: ‚Verbrecher' sollten nicht unter Folter aussagen und auch nicht ohne eine ordnungsgemäße Anklage inhaftiert werden; gegenüber ‚Verbrechern' sollten keine militärischen Mittel zur Früherkennung möglicher Straftaten bzw. zur Identifizierung potentieller Straftäter eingesetzt werden; Vorbereitungen einer Handlung sollten nicht als ‚verbrecherisch' gelten, solange sie keine Handlungen im strafrechtlichen Sinne sind. Der Strafrechtsdiskurs scheint bei diesen Fällen mit anderen Diskursen verflochten zu sein – etwa mit denen des Polizeirechts, der Gefahrenabwehr und der Risikoprävention, die eigentlich nicht mit einem vom Strafrechtsdiskurs adressierten ‚Verbrecher' zu tun haben scheinen.[9] Diese Beispiele zeigen, dass feindliche Figuren[10] und deren soziales Umfeld als gefährdende Ereignisse und Gruppen[11] wahrgenommen werden.

Zwei dieser Fälle – die nachträgliche Sicherungsverwahrung[12] und die akustische Wohnraumüberwachung – werden in der vorliegenden Arbeit ausführlich untersucht. Nachfolgend wird der von diesen Maßnahmen adressierte ‚Verbrecher' als ‚Gefährder' und das Strafrecht, welches den ‚Gefährder' adressiert, als ‚Gefährdungsrecht' bezeichnet.[13] Anhand kriminologischer bzw.

---

gesetz sind so vage und konturlos, dass man sich nicht vorstellen kann, ein deutsches Gericht würde nach diesen Vorschriften Beschuldigte verurteilen. Das ist aber auch gar nicht die Absicht von Schäuble, Zypries & Co – deren wirkliche Absicht spiegelt sich schon im Titel des Gesetzes wider.".

[9] Die vorliegende Studie bewegt sich innerhalb des kriminologischen und strafrechtlichen Diskurses. Daher habe ich eine methodologische Beschränkung vorgenommen, die zwangsweise zu einer gewissen Vernachlässigung führt: Das Recht der Gefahrenabwehr und das Polizeirecht werden in der vorliegenden Arbeit als Grenzdiskurse des Strafrechts betrachtet und nur in dieser Form erörtert. Ihnen wird kein spezieller Abschnitt gewidmet.

[10] Im gleichen Sinne siehe *Haffke* 2005: 16 f.; *Kötter* 2004.

[11] Siehe dazu *Stolle* 2008.

[12] Analysiert wird hier die Gesetzgebung über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und ihrer Entstehung sowie die entsprechenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts vom Jahr 2004. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 2009 (EGMR, *M. v. Germany,* Entscheidung 17.12.2009, Nr. 19359/04) sowie das neue Gesetz zur Neuordnung der Sicherungsverwahrung vom 2010 (*Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010* (BGBl. I S. 2300), welche eine neue Rechtslage in Deutschland geschaffen haben, werden nur zum Zweck der Aktualisierung erwähnt und nicht diskursanalytisch berücksichtigt. Auch wenn die nachträgliche Sicherungsverwahrung abgeschafft wurde, bleibt sie als strafrechtliche Konstruktion diskursiv bestehend.

[13] Gegen eine solche Äußerung spricht sich *Jörg Arnold* aus, da er Feindstrafrecht, Risikostrafrecht und Interventionsstrafrecht als „Fassaden" versteht, hinter denen sich eigentlich dasselbe Feindstrafrecht versteckt (*Arnold* 2006: 309). In der vorliegenden Ar-

rechtssoziologischer Theorien soll in dieser Studie der strafrechtliche Diskurs dieses ‚Gefährdungsrechts' dechiffriert werden. Im Folgenden wird der Kontext dieser Diskussion näher erläutert.

Über den ‚Verbrecher' äußern sich Strafrechtstheoretiker (etwa *Günther Jakobs* mit seinen umfassenden Thesen zum ‚Feindstrafrecht'[14]), politische Entscheidungsträger (Innenminister *Wolfgang Schäuble* über den Abschuss ziviler Flugzeuge[15] oder Innenexpertin *Kristina Köhler* über jugendliche Straftäter[16]) und Medien[17] mit einem ausdrücklich feindlichen Vokabular.[18] Dabei scheint es schwierig zu sein, die Figur eines „herkömmlichen" Verbrechers zu identifizieren. Dies zeigt sich in mehreren Bereichen, beispielsweise wenn bestimmte „Tätertypen", wie etwa Sexualtäter, zu Gefahrenträgern und zu Feinden gemacht werden[19] oder wenn Ausländer so viele Risikofaktoren zu erfüllen scheinen,[20] dass sie ständig der Bedrohung ausgesetzt sind, in die Maschen der

beit wird dagegen behauptet, dass das Feindstrafrecht und Risikostrafrecht gewisse Ausdrucksformen teilen und miteinander agieren können, aber nicht als Äquivalente zu verstehen sind, wie noch ausführlich darzustellen sein wird.

14 *Jakobs* 2000, 2004, 2005.

15 Vgl. dazu *Prantl* 2007.

16 Die CDU-Politikerin hat gefordert, „jugendliche Intensivtäter aus dem Verkehr zu ziehen, bevor sie jemanden totschlagen" (*Süddeutsche Zeitung* vom 3. Januar 2007).

17 Das Wissen der Kulturindustrie entwickelt in Filmen und Kriminalgeschichten einen bestimmten Charakter über die Figur des ‚Verbrechers', die den Merkmalen eines ‚Feindes' sehr nahe kommt. „Sie muß so monströs sein, daß man sich eine andere ‚Lösung' als das Eliminieren gar nicht denken kann" (*Cremer-Schäfer/Steinert* 2000: 48). „The fantasy of 'crime and punishment' is", so *Steinert (*1998: 410), „patriarchal and privileges masculinity –not necessarily the masculinity of the (old and wise) patriarch himself, but that of the younger, still aspiring or already resigned, fighting, 'warrior' position". Für eine ausführliche Analyse der männlichen Kriegerfigur in Filmen siehe *Steinert* 1996.

18 Diese Situation ist allerdings kein speziell deutsches Phänomen. Ähnliche Einstellungen sind z.B. in Großbritannien zu beobachten, wo bei der Setzung der politischen Ziele die scharfe Trennung zwischen der Gesellschaft und den diese Gesellschaft gefährdenden Verbrecher explizit gezogen wird. Siehe dazu etwa das Dokument vom 2006 „*Rebalancing the criminal justice system in favour of the law-abiding majority*" vom britischen Home Office (www.homeoffice.gov.uk).

19 In Bezug auf einen Terrorismusverdacht sind Entführungen von Verdächtigen (Murat Kurnaz u.a.) paradigmatisch. Im angelsächsischen Raum wird in den Überschriften von Gesetzen häufig von den Sexualtätern als „sexually violent predators" gesprochen (vgl. *Walther* 1997).

20 In der Forderung nach einer „Gewaltverzichtserklärung" von Muslimen in Deutschland lässt sich deutlich eine *vorsorglich feindliche* Einstellung gegenüber Migranten erkennen (vgl. Weihnachtsrede vom 24. Dezember 2007 von Bayerns Innenminister Joachim Herrmann). Dieses Phänomen lässt sich mit dem „ethnic profiling" vergleichen, das *Cole* (2002) ausführlich beschreibt: „Federal and local officials have engaged in

präventiven strafrechtlichen Instanzen zu geraten.[21] Das Strafrecht, das Strafprozessrecht und die dazu gehörigen Adressaten scheinen neu definiert worden zu sein, wenn ein Verdächtiger gefoltert und verschleppt werden darf, wenn Ausländer zum Kriminalitätsproblem, Sexualtäter zu Bestien und Demonstranten zu einem Risiko für die Allgemeinheit werden.[22] In der vorliegenden Arbeit wird daher insbesondere zu untersuchen sein, ob dieser scheinbar neudefinierte Strafrechtsdiskurs zu einem tatsächlich neuen Strafrechtsdiskurs führt.

Hauptquellen der Kriminalpolitik und des Strafrechtsdiskurses sind gesetzgeberische Entscheidungen, Beschlüsse der Exekutive, Richter als Kontrolleure der Gesetzesanwendung sowie die Richtlinien für die Interpretation und Umsetzung der in der Verfassung etablierten Grundrechte. Im politischen Bereich äußert man sich offen über diese ‚Verbrecher', die ‚Feinde', ‚Risiken' und ‚Gefahren' seien. Die Rechtssprechung ist hier vorsichtiger und zurückhaltender, tendiert jedoch in eine ähnliche Richtung.[23] Mit dem Recht, dem

ethnic profiling, treating immigrants as suspect based on little more than their Arab ethnicity or national origin" (S. 957, siehe auch S. 974); siehe in deutscher Sprache *id.*, 2006.

[21] In diesem Kontext verweist *Günter Albrecht* auf ein doppeltes Phänomen. Einerseits werden Ausländer zu Schuldigen von Gewaltkriminalität gemacht und dementsprechend bekämpft: „Fatal ist, daß die *Ausländer*, die in besonderem Maße zu Opfern von Gewalt durch Deutsche werden, implizit in eine neue Rolle geraten: Der Kampf gegen *Gewaltkriminalität* wird zu einem Kampf gegen *Ausländer*" (*Albrecht*, *G.* 2001: 24). Andererseits führt das Bedrohungsgefühl, das von der „Zunahme" der Ausländer verursacht wird, zu einer Kriminalisierung: „Dabei ist aufgrund empirischer Befunde davon auszugehen, daß bei zunehmender ‚Sichtbarkeit' ethnischer Minoritäten Gefühle der Bedrohung durch fremde Gruppen zu einer stärkeren Mobilisierung des Rechts zur Lösung sozialer Konflikte auf Seiten der ‚Einheimischen' führen, mit dem Nebeneffekt eines ‚scheinbaren' Kriminalitätsanstiegs." (*Albrecht*, *G.* 2001: 25). Beispielhaft sind folgende Äußerungen: „Wir haben zu viele junge kriminelle Ausländer!", „Wir haben aber zu lange ein seltsames soziologisches Verständnis für Gruppen aufgebracht, die bewusst als ethnische Minderheiten Gewalt ausüben" (Hessischer Ministerpräsident Roland Koch, in *Süddeutsche Zeitung* vom 2. Januar 2008). Kritisch zum Thema siehe *Albrecht*, *H.-J.* 2001. Eine aufschlussreiche Illustration dieses Phänomens zeigt *Brotherton* (2007), indem er eine Abschiebungsanhörung in New York, der er beigewohnt hatte, ausführlich wiedergibt.

[22] Für eine Diskussion über die Verschiebungen im Strafrecht von der *Kriminalisierung* zur *Securitisierung*, die es erfordern, von einem Strafrecht an den Grenzen des Rechts zu sprechen, siehe *Akka et al.* 2006. Über das Konzept der Securitization, das richtungsweisend für diesen Wandel ist, siehe *Buzan/Waever/de Wilde* 1998 (siehe dazu unten FN 130). Für Analysen über ähnliche Prozesse im angelsächsischen Bereich siehe *Zedner* 2006; *Ashworth/Zedner* 2008.

[23] Vgl. für alle *Pütter/Narr/Busch* 2005.

Rechtsstaat und der Verfassung wird allgegenwärtig *für* und *gegen* eine Verteidigungsorientierung der Kriminalpolitik argumentiert. Heutzutage wird über ‚Feinde' innerhalb der Gesellschaft,[24] über das Strafrecht als Bekämpfungsrecht[25] oder über das Strafrecht als eine Maßnahme der Gefahrenabwehr[26] und der notwendigen strafrechtlichen Beherrschung von Risiko- und Gefährdungslagen referiert.[27] Basis der Diskussion sind immer der Rechtsstaat und die Verfassung.[28] *Naucke* hat darauf hingewiesen, „daß man im Strafrecht mit der Verfassung – dem Verfassungstext – sehr selbstbewußt, um nicht zu sagen: willkürlich umgeht".[29] Auf den ersten Blick scheint diese möglicherweise zutreffende Behauptung allerdings davon auszugehen, dass es eine fundierte Form gibt, mit der Verfassung umzugehen, und dass diese Form es nicht ermöglicht, ein Strafrecht neuer Art zu konstruieren. Diese Einstellung ist aber meines Erachtens nicht ganz zutreffend, da gerade die Äußerungen des Strafrechts, die gegenwärtig zu beobachten sind, bereits im Verfassungstext enthalten sind. Es geht meiner Ansicht nach um eine neue Verfassungsauslegung und um ein neu ausgelegtes Strafrecht, welches dabei in der inneren Logik seines Diskurses grundsätzlich konform zum modernen Strafrecht bleibt. Die neuen Nuancen formen ein *expliziteres* Strafrecht, aber nicht unbedingt ein anderes Strafrecht.
Der Rechtsstaat und das Grundgesetz bieten geeignete Argumente, sowohl *für* als auch *gegen* die Ausweitung der Interventionsmöglichkeiten des Strafrechts. Rechtsstaat und Verfassung erscheinen entweder als Instrumente, die als Beschränkung für die Intervention der Exekutive vorgesehen sind,[30] oder als Begründung für die polizeiliche Intervention zur Verteidigung der Zivilgesellschaft, die im Rechtsstaat ein Grundrecht auf Sicherheit habe.[31]

---

24 Siehe kritisch dazu für die Situation in den Niederlanden *Zaitch/van Swaaningen/Geelhoed* 2007.

25 Vgl. *Jakobs* 2004.

26 Kritisch dazu *Rzepka* 2003; *Haffke* 2005.

27 BVerfG 109, 133, S. 188.

28 Über den Pseudopositivismus, der durch einen ständigen Bezug zur Verfassung gekennzeichnet ist, siehe *Naucke* (1998: 161): „In der modernen Legitimationsdebatte möchte der Strafrechtler kein Naturrechtler, kein Überpositivist sein, sich vielmehr auf die Verfassung stützen; aber in der konkreten Legitimationsarbeit braucht man offensichtlich mehr als die Verfassung, wendet dieses Mehr an, verdeckt es aber durch Nichtbenennung."

29 *Naucke* 1998: 165.

30 Diese Aussage beschreibt die traditionelle Vorstellung des Rechtsstaats. Siehe dazu *Arnold* 2004 mit weiteren Literaturhinweisen.

31 Siehe hierzu *Isensee* 1983 und speziell für die Verbindung von Sicherheitsrecht und Schutzpflicht *Isensee* 1992. Auch affirmativ siehe *Jakobs* 2005. Eine politische Begründung wurde u.a. im Interview mit Otto Schily (*Süddeutsche Zeitung* vom 29. Oktober

Rechtsstaat und Verfassung werden auch als zu schützende Rechtsgüter dargestellt[32] und sind regulierende und bewertende Maßstäbe.[33] Gegenüber denjenigen, die immer mehr Sicherheit im Rechtsstaat fordern, wurde festgestellt:

> *„Sie verweisen auf die Maßlosigkeit einer von Freiheit entkoppelten Sicherheit, die in Zeiten und unter dem Gebot der Notwendigkeit auf Effektivität des Schutzes und auf vorsorgende Konfliktlösung drängt […]. Die sich in Kriegsrhetorik, Feindbildern und ultima-ratio-Rezepten äußernde semantische Dramatisierung begleiten Legitimationsmuster mit überschießender Tendenz: Mit der Generalisierung des Verdachts, der Vorverlagerung von Prävention und Repression und, wo nötig, mit dem Zugriff auf Körper und Leben werden Ausnahmemaßnahmen verfestigt. Deren Befürworter kleiden sie in den Mantel eben jenes Rechts, das ihrer Logik widerspricht.“*[34]

In der vorliegenden Arbeit wird die Fragestellung zu untersuchen sein, ob die Sicherheitsrhetorik[35] und ihre Aufforderungen, die zur „Dezentrierung, Entgrenzung und Multiplikation der Sicherheitserwägungen“[36] führen und die sich mit dem Mantel des Rechts zu kleiden scheinen, tatsächlich der Logik des Rechts widersprechen. Der Rechtsstaat und seine in der Verfassung verankerten Prinzipien werden von allen beteiligten Akteuren interpretiert und immer wieder neu definiert. Für manche Politiker ist diese Sichtweise selbstverständlich:

> *„Die rote Linie ist ganz einfach: Sie ist immer durch die Verfassung definiert, die man allerdings verändern kann. Ein Vorschlag, das Grundgesetz zu modifizieren, ist kein Anschlag auf die Verfassung. Für mich bedeutet die Stärkung des Präventivgedankens auch eine Stärkung der Verfassung, weil sie den Menschen Vertrauen gibt.“*[37]

2001) dargestellt. Kritisch dazu *Steinert* 1998; *Albrecht, P.A.* 2003; *Frankenberg* 2005, 2006.

32 Vgl. *Jakobs* 2004, 2005. In diesem Sinne äußerte sich auch der ehemalige Bundesminister der Justiz Edzard Schmidt-Jortzig, der in der parlamentarischen Diskussion über das Gesetz zum Großen Lauschangriff darum bat, „diesen Gesetzentwürfen zuzustimmen und den Schulterschluß gegen das Verbrechen schon heute zu vollziehen, um zu zeigen, daß es uns mit der Verteidigung des Rechtsstaates gegen Angriffe ernst ist“ (Plenarprotokoll der 214. Sitzung des Deutschen Bundestages am 16. Januar 1998).

33 Vgl. *Albrecht, P.A.* 2003; *Poscher* 2006; *Brunkhorst* 2006.

34 *Frankenberg* 2006: 67 f.

35 Siehe *Singelnstein/Stolle* (2008) für eine grundlegende Analyse von sicherheitsorientierten Transformationen im Hinblick auf die soziale Kontrolle seit den 1990er Jahren. Die Autoren weisen auf die steigende Konstruktion von ‚Risiken‘ sowie auf die Bekämpfung von ‚Feinden‘ hin. Keine dieser Formen seien mit der Bestrafung des „abweichenden Verhaltens“ zu identifizieren.

36 *Opitz* 2008: 205.

37 Bundesinnenminister *Wolfgang Schäuble*, in *Der Spiegel*, Nr. 28 vom 9.7.2007, S. 32.

Ein endgültiges Urteil läge hier zwar in der Verantwortung des Bundesverfassungsgerichts,[38] welches jedoch auch nicht immer eine befriedigende Auslegung der rechtsstaatlichen Prinzipien offenzulegen scheint. In Bezug auf die verschärfte Gesetzgebung gegen ‚Sexualkriminalität' wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht in gleichem Maße für diese Gesetzgebung verantwortlich sind – durch die Verabschiedung und Überprüfung von Novellen. So wurde z.B. beklagt: „Das Bundesverfassungsgericht hat nicht die Notbremse gezogen, aber immer wieder korrigierend und restringierend eingegriffen".[39] *Rzepka* stellt fest: „Das Erfordernis der Geeignetheit der Maßnahme bietet angesichts der restriktiven Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für den Gesetzgeber keine große normative wie empirische Hürde, zumal dieser auch über die Definitionsmacht hinsichtlich der verfolgten Ziele verfügt."[40] Auch in einem Kommentar zum „Tornado-Urteil"[41] des Bundesverfassungsgerichts wurde mit Enttäuschung festgestellt, dass es „eine unbeschränkte Vollmacht, ein Blankoscheck für die Außenpolitik"[42] sei. Es wird in dieser Arbeit zu untersuchen sein, ob die Initiative in den scheinbar zu weit gegangenen Novellen wirklich immer von der Politik ausgeht oder ob manchmal selbst die Hüter der Verfassung solche Novellierungen vorantreiben und damit *neue Auslegungen* des Strafrechts hin zu einem ‚Gefährdungsrecht' mit neuen ‚Gefährdern' konstruieren.

In juristischen und politischen Diskussionen zum Strafrecht, seinen Verschiebungen und Grenzen scheint oft ein Ausschlussverhältnis zwischen dem Rechtsstaat einerseits und dem Polizei- bzw. Präventions- oder Sicherheitsstaat andererseits angedeutet oder sogar ausdrücklich formuliert zu werden.[43] In der vorliegenden Arbeit sind das Recht und das Strafrecht jedoch keine gegensätzlichen Objekte zwischen Rechtsstaat und Sicherheitsstaat. Hier wird vielmehr folgende Hypothese untersucht: Das Recht und die ‚Rechtsstaatslogik' gelten heute nicht mehr als ein Hindernis für die Implementierung

[38] Vgl. grundlegend dazu *Arnold* (2005: 2) mit weiteren Hinweisen: „In der Strafrechtswissenschaft besteht weitgehend Einigkeit darin, dass das Verfassungsrecht einen erheblichen Einfluss zur Fortschreibung der Grundkategorien des rechtsstaatlichen Strafverfahrensrechts ausübt."

[39] *Haffke* 2005: 22, hier äußert sich der Autor auch relativierend über die Gesetzgebung zu Sexualstraftätern. Ob diese Restriktionen und Korrekturen wirklich „axiologisch" und „effektiv" sind, soll später noch analysiert werden.

[40] *Rzepka* 2003: 235.

[41] Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. Juli 2007 über den Einsatz von Tornado-Flugzeugen für die Aufgaben der Bundeswehr in Afghanistan (BverfG, 2BvE 2/07, 3. Juli 2007).

[42] *Prantl* 2007a.

[43] Vgl. für alle in diese Richtung *Roggan* 2000. Aktueller und kritisch zu dieser Einstellung siehe *Prittwitz* 2007.

der getroffenen Sicherheitsmaßnahmen und auch nicht als Hindernis für die Konstruktion neuer Adressaten wie den ‚Gefährder' im Strafrecht. Das ‚Gefährdungsrecht', d.h. das nach den Logiken des Risikomanagements und der Feindbekämpfung *neu ausgelegte Strafrecht* (aber *kein neues Strafrecht!*), wird im Rechtsstaat und durch rechtsstaatliche Mittel konstruiert und von der Verfassung legitimiert. Diese Möglichkeit ist bereits in der inneren Struktur des Rechtsdiskurses enthalten.

In der vorliegenden Arbeit wird davon ausgegangen, dass sich die unscharfen Konturen des Strafrechts und des Strafprozessrechts grundsätzlich in den konstruierten Adressaten dieser Normsetzungen reflektieren. Manche der vom Strafrechtsdiskurs konstruierten Figuren scheinen nicht die bekannten Konturen eines ‚Verbrechers' zu haben.

In diesem Zusammenhang stellt sich für die vorliegende Arbeit die Frage, wer die Adressaten dieses neuartigen Strafrechts sind. Sind es die neuen ‚Feinde', wie manche befürchten und wie etwa am Beispiel einer *criminology of the alien other* zu erklären ist? Sind es bestimmte Risikogruppen, die alltäglich von einem *actuarial justice* in ihren Risikofaktoren einkalkuliert und regiert werden? *Diese neuen Adressaten des Strafrechts werden zugleich als ‚Feinde' und als ‚Risiken' konstruiert – so die erste These der Arbeit.* Sie werden im Nachfolgenden als ‚Gefährder' bezeichnet.

Bei der Identifikation der Adressaten werden zwei Novellierungen der letzten Jahre herangezogen, um Figuren und Äußerungen im Strafrechtsdiskurs sichtbar zu machen, wobei eine diskursanalytische Methode angewandt werden wird. Die beiden zu untersuchenden Fälle sind die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung. Beide Maßnahmen gehören nicht zum unmittelbaren Kernbereich, sondern jeweils zum Maßregelrecht des Strafrechts und zum Strafprozessrecht. Die Analyse soll den Einfluss dieser Bereiche auf den substanziellen Strafrechtsdiskurs aufzeigen: Die Adressaten des Strafrechts werden nicht nur durch die Schaffung neuer Tatbestände konstruiert und neu modelliert. Das Strafrecht definiert sich vielmehr durch *alle* Novellierungen (im Maßregelrecht, im Strafprozessrecht und im substanziellen Strafrecht) neu. Welches Recht bleibt übrig, wenn traditionelle Formen des Rechts auf den ersten Blick nicht länger erkennbar sind? *Das ‚Gefährdungsrecht', so die zweite zu untersuchende These dieser Arbeit, die in den Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung zu beobachten ist, unterscheidet sich von den sichtbaren Formen eines modernen Strafrechts. Das ‚Gefährdungsrecht' offenbart zugleich eine Bekämpfungs- und eine Risikologik, die über die Erfordernisse des modernen Strafrechts weit hinaus zu gehen scheint.*

Für den Begriff *Dispositiv* ist eine *methodologische (terminologische) Erläuterung* notwendig: Im Anschluss an *Michel Foucault* verstehe ich den Begriff *Dispositiv* als ein heterogenes Ensemble aus Diskursen, Institutionen, Gesetzen, Urteilen

und wissenschaftlichen Aussagen.[44] Unterschiedliche Sichtweisen, Mittel und Ziele versammeln sich und wirken institutionell wirklichkeitsherstellend und körpermodellierend. Das Dispositiv ist das strategische Zusammenwirken bestimmter Diskurse an einem gegebenen Ort und zu einer gegebenen Zeit, dessen Hauptfunktion darin besteht, „auf einen Notstand (*urgence*) zu antworten."[45] Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung sind in diesem Sinne Dispositive. Sie reagieren infolge von Strafrechtsdiskursen, kriminalpolitischen Zielen, institutionellen Befugnissen, gesetzgeberischen Novellierungen und Urteilen des Bundesverfassungsgerichts auf ‚Unsicherheit' und stellen eine neue rechtliche und politische Wirklichkeit her, die auf Körper wirkt: Körper, die überwacht werden, und Körper, die eingeschlossen bleiben. Das Dispositiv taucht aber nicht wie eine historische Notwendigkeit auf, sondern „eher auf Grund einer wahrgenommenen Problemlösungsdringlichkeit, auf die es eine Antwort darstellt, die zu einem gegebenen Zeitpunkt Akzeptanz findet. Benthams Panopticon ist eine solche Formation […], die *abstrakte Materialisierung* eines spezifischen Programms des Regierens von Verhalten, das eine Reihe von Machteffekten hervorgebracht hat."[46] Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung verkörpern abstrahierend spezifische Programme, die auf Verhalten regieren und Machteffekte hervorbringen. In der Arbeit werden sie demzufolge auch Dispositive genannt.

Im ersten Teil der Arbeit werden kriminologische und methodologische Grundlagen der Untersuchung dargelegt. In *Kapitel 1* wird die Figur des ‚Verbrechers' aus der Perspektive der traditionellen kriminologischen Auslegungen analysiert. Darauf basierend werden die neuen Adressaten des Strafrechts konstruiert, aber zugleich von der Figur des ‚Verbrechers' abgegrenzt. Geschildert werden dabei in diesem Kapitel auch die auffälligsten Anhaltspunkte für Ähnlichkeiten und Differenzen zwischen ‚Verbrecher' und ‚Gefährder'. In der vorliegenden Arbeit wird zwischen vier Formen des Strafrechts (analytisch) differenziert und diese werden zugleich chronologisch geordnet: Das *moderne Strafrecht*, das sich aus den Konstruktionen des deutschen Rechtsstaats der Nachkriegszeit zusammensetzen lässt, scheint seit ungefähr drei Jahrzehnten von zwei anderen strafrechtlichen Diskursen „bedroht" zu werden: So sei das *Feindstrafrecht* ein Strafrecht, das einer deutlichen Bekämpfungslogik folgt und das grundsätzlich durch konsequente – physische und rechtliche – individuelle Exklusionsmaßnahmen zu identifizieren ist. Das *Risikostrafrecht* sei wiederum ein Strafrecht, das ein weit umfassendes Interventionsfeld für sich beansprucht

[44] *Foucault* 1978b: 119 f. Zum Dispositiv siehe *Krasmann* 2003: 163 ff.
[45] *Foucault* 1978b: 120. Vgl. dazu *Krauth* 2008: 17; *Krasmann* 2003: 166.
[46] *Krasmann* 2003: 166.

und dabei sehr unscharfe Konturen annimmt, da es allerlei Risiken und Risikofaktoren zu managen und unter Kontrolle zu bringen versucht, ohne unbedingt individuelle Subjekte im Visier zu haben. Während sich das Feindstrafrecht durch eine exkludierende Gewalttätigkeit beschreiben lässt, ist das Risikostrafrecht durch eine umfassende Unbestimmtheit charakterisiert. Als vierte zu untersuchende Form des Strafrechtsdiskurses soll das *‚Gefährdungsrecht‘* durch eine Diskursanalyse sichtbar gemacht werden. Dieses ‚Gefährdungsrecht‘ vereinigt die exkludierende Gewalttätigkeit des Feindstrafrechts *mit* der allumfassenden Unbestimmtheit des Risikostrafrechts. Dabei beinhaltet diese vierte Form zwar bekannte Elemente des modernen Strafrechts, die aber in der gegenwärtigen Komposition neuartige Nuancen annehmen. Das ‚Gefährdungsrecht‘ ist in diesem Sinne als Weiterentwicklung – nicht unbedingt zum Guten! – des modernen Strafrechts zu verstehen.

In *Kapitel 2* werden die theoretischen Grundlagen der ausgewählten Diskursbegriffe und der Analyse vorgestellt. Die Methode der Diskursanalyse, die in der vorliegenden Arbeit auf Urteile des Bundesverfassungsgerichts und auf parlamentarische Diskussionen angewendet wird, ermöglicht *einerseits* eine distanzierte Analyse der strafrechtlich relevanten Dokumente. Bei dieser Analyse wird das Recht nicht anhand von juristischen Begriffen, Prinzipien und Vorannahmen überprüft, sondern als ein Produkt von Machtverhältnissen, d.h. als ein Diskurs, der spezifische Bedingungen erfüllt und spezifische Wirkungen erzeugt. Durch die Diskursanalyse lässt sich der Rechtsdiskurs „rechtlich neutral“ beobachten. Dank der Diskursanalyse lässt sich *andererseits* eine nähere Betrachtung des strafrechtlichen Diskurses vornehmen, indem Sätze, Wörter und minimale Flexionen dieselbe Gewichtung erhalten und in ihren wechselseitigen Beziehungen erforscht werden, d.h. in den Verschiebungen von Begriffen und in den angrenzenden Ideen, die mit jedem Begriff aufgerufen werden. Die in der vorliegenden Arbeit vorgenommene Diskursanalyse basiert auf einer doppelten Auslegung des Diskurskonzepts: Es geht dabei um den Diskurs nach einem Verständnis, das auf Ideen von *Michel Foucault*, *Judith Butler* und *Dominique Maingueneau* basiert, außerdem wird auf Arbeiten von *Jacques Derrida*, *Ernesto Laclau*, *Chantal Mouffe* und *Martin Nonhoff* zurückgegriffen.

Anschließend werden im zweiten Teil der Arbeit anhand der Diskursanalyse jeweils die nachträgliche Sicherungsverwahrung (*Kapitel 3*) und die akustische Wohnraumüberwachung (*Kapitel 4*) untersucht. In beiden Fällen hat das Bundesverfassungsgericht ein Urteil gefällt und damit das Strafrechtsverständnis umformuliert. Nachfolgend haben sich die mit dem Urteil adressierten Figuren verändert. Mit der *Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* wurde eine Sanktion ins strafrechtliche Maßregelrecht eingeführt, die keine Reaktion auf die Tat und auch nicht auf die in der Tat geäußerte ‚Gefährlichkeit’ des Täters darstellt, sondern die sich unmittelbar auf die Haftzeit bezieht

und auf das Verhalten des Gefangenen basiert. Die Maßnahme ist vom Tatanlass losgelöst,[47] das Konzept der ‚Gefährlichkeit' wird auf den Bereich des ‚Risikos' verlagert und mit neuen Bedeutungen ausgefüllt.[48] Durch die *Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung* wurde im Strafprozessrecht das Abhören des nicht öffentlich gesprochenen Wortes im Wohnraum als Mittel der Beweisgewinnung ermöglicht. Für diese wegweisende Entscheidung war eine Verfassungsänderung notwendig, durch die in Art. 13 GG diese Möglichkeit als eingeschränktes Grundrecht für die Unverletzlichkeit der Wohnung festgehalten wurde und die Befugnisse im strafprozessualen Bereich durch Umformulierung der Grundrechte zugunsten der ‚allgemeinen Sicherheit' erweitert wurden. Unbestimmte Adressaten werden dabei durch allumfassende Tatkataloge (‚Risikoraster') erfasst und durch geheimdienstlich anmutende Mittel bekämpft. Beiden Maßnahmen scheinen in jeglicher Hinsicht in einem gegensätzlichen Verhältnis zueinander zu stehen: Bei denjenigen, die von der akustischen Wohnraumüberwachung betroffen sein können, handelt es sich nicht unbedingt um Ausnahmefälle, von denen eine schwerwiegende Gefahr für die Allgemeinheit ausgeht; sie sind ebenfalls keine Individuen, die schon lange im Gefüge des Straf- und Vollzugssystems gefangen sind. Von der Wohnraumüberwachung könnte unter gewissen Umständen jede Person betroffen werden.[49] Diejenigen, die in ihrer Wohnung private Gespräche führen, fühlen sich in ihren sozialen Kompetenzen nicht unmittelbar eingeschränkt. Sie werden gerade bei ihren privaten Handlungen beobachtet. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung hingegen stellt für den Betroffenen eine deutlich spürbare Beschränkung der eigenen Freiheit dar. Trotz der Differenzen bestehen grundsätzliche Parallelen: Es handelt sich um Bereiche des Strafrechts und der Kriminalpolitik, in denen das staatliche Handeln ungewiss bleibt und die von den Betroffenen nicht vorhergesehen werden können. Diese Dispositive sind innerhalb des Bereiches des Strafrechtsdiskurses konstruiert, auch wenn konkrete strafrechtliche Tatbestände nicht immer zu bestimmen sind und verfassungsrechtliche und strafrechtliche Prinzipien explizit *umgedeutet* werden. Dem ‚Verbrecher' werden diskursive Konturen aberkannt und stattdessen neue *gefährliche* bzw. *diffuse* Figuren als ‚Risikobündel' modelliert, die bekämpft werden müssen. Der Strafrechtsdiskurs wird zum Zweck der Sicherheit umformuliert. Weder klar definierte Tatbestände noch klar definierte Rechtsgüter werden in diesem neu ausgelegten Strafrecht bestimmt. Im Strafprozess gibt es auch kei-

[47] Zur selben Einschätzung seitens des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte siehe *infra* FN 432 ff. und Haupttext.

[48] Siehe die Anmerkung zur neuen Rechtslage in Deutschland *supra* FN 12, sowie *infra* FN 444.

[49] Vgl. BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19525, 19542.

ne deutlich definierten Zwecke, welche die Strafverfolgung unmittelbar mit einem konkret individuellen Täter verbindet. Die Ergebnisse der Diskursanalyse zu den beiden Fällen werden in *Kapitel 5* zusammengefasst und theoretisch begründet. In diesem Kapitel wird dann auch das den ‚Gefährder' konstruierende ‚Gefährdungsrecht' in seinen Ausdrucksformen präsentiert.

In dem dritten Teil der Arbeit werden das Recht und die Möglichkeit des ‚Gefährdungsrechts' auf rechtssoziologischer Ebene untersucht. Wenn Straf-, Bekämpfungs- und Risikomanagementaufgaben verwischen und wenn das Strafrecht und die neu ausgeprägte Form des ‚Gefährdungsrechts' immer noch Äußerungen eines modernen Rechts sind, schließen sich weitere Fragen an: Welche Funktion hat dieses Recht? Welche Rolle übt dieses Recht aus? Um diesen Fragen näher zu kommen, wird hier auf Theoretiker zurückgegriffen, die das Recht auch außerhalb des Rechts analysiert haben. Im *Kapitel 6* werden folglich die rechtstheoretischen Ansätze von *Walter Benjamin*, *Jacques Derrida*, *Michel Foucault* und *Giorgio Agamben* auf die Analyse der Konstrukte ‚Gefährder' und ‚Gefährdungsrecht' bezogen. Während innerhalb des Strafrechtsdiskurses lediglich normative Rechtfertigungen oder Schreckensszenarien bezüglich der gegenwärtigen rechtsstaatlichen Entwicklung des Strafrechts geäußert werden, können Kritiker des Rechts soziale, diskursive, politische und philosophische Überlegungen über das Recht anbieten. Die Ergebnisse dieser rechtssoziologischen Einordnung sollen überzeugende Antworten auf folgende Fragen liefern: Ist es für das Recht so fremd, sich als ‚Gefährdungsrecht' zu äußern? Welche neuen Ausdrucksformen sind diesem ‚Gefährdungsrecht' zueigen?

Abschließend möchte ich noch zwei Vorbemerkungen aussprechen.

Die *erste Vorbemerkung* betrifft die analytische Ebene, an der sich diese Untersuchung orientiert. Mir geht es nicht um die praktische – also qualitative und quantitative – Umsetzung des Rechts, sondern um seinen Diskurs. Aus dieser Vorgehensweise folgt eine methodologische Beschränkung. Weil die Diskurse des Strafrechts und ihre Möglichkeiten und nicht die alltägliche Umsetzung des Strafrechts untersucht werden, ist es für die vorliegende Arbeit nicht von Bedeutung, ob die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung in nur wenigen oder in hunderten von Fällen angeordnet worden sind, auch wenn diese Maßnahmen in der Praxis natürlich stattfinden und sich auf die Körper der Betroffenen auswirken. Das quantitative Ausmaß der beiden Maßnahmen gehört zum Bereich der alltäglichen Praxis,[50] während die vorliegende Studie sich mit dem Diskurs befasst,

[50] Zur neuen Rechtslage in Deutschland (in Kraft seit dem 1. Januar 2011) siehe *supra* FN 12, sowie *infra* FN 444.

der diese Praxis überhaupt erst konstituiert und ins Leben ruft. Diese Möglichkeit wird nur und ausschließlich durch den Strafrechtsdiskurs geschaffen.

Die *zweite Vorbemerkung* betrifft die Anwendung von einfachen (‚') und von doppelten („") Anführungszeichen in der Arbeit. Die doppelten Anführungszeichen werden ausschließlich bei wörtlichen Zitaten – sowohl aus Fachliteratur als auch aus Passagen der analysierten Dokumente – angewendet. Die einfachen Anführungszeichen werden dagegen immer nur für Begriffe verwendet, die während und nach der Analyse infrage gestellt werden, d.h. also für Begriffe, die gerade für den untersuchten Strafrechtsdiskurs bezeichnend sind und deren Kontingenz und Machtpotenzial deshalb besonders betont werden muss.[51]

[51] Die Idee der einfachen Anführungsstriche geht auf eine Diskussion zwischen *Michel Foucault* und *Jacques Derrida* zurück. *Derrida* warf *Foucault* vor, über *Wahnsinn* zu sprechen, als ob man überhaupt wissen bzw. feststellen könnte, was mit dem Begriff *Wahnsinn* überhaupt ausgesagt wird. *Derrida* bezieht sich hier auf das Werk *Wahnsinn und Gesellschaft* von *Foucault*. Vgl. die Antwort von diesem in *Foucault* 2002a. Dem Vorschlag von *Derrida* an *Foucault*, solche Begriffe zum Beispiel in Anführungszeichen zu setzen, „als benutze er die Sprache anderer, jener, die in der von ihm untersuchten Periode sich deren als eines historischen Instruments bedient hätten" (*Derrida* 1972a: 68 f.), werde ich in dieser Arbeit folgen.

1. Kriminologische Grundlagen und Fragestellung

In diesem Kapitel wird die Figur des ‚Verbrechers' aus kriminologischer Perspektive dargestellt (Abschnitt 1.1). Es wird dabei zunächst zu sehen sein, inwieweit die vermeintlich neuen Figuren des Strafrechts, nämlich die ‚Gefährder', der Figur des ‚Verbrechers' ähnlich sind. In diesem Kapitel werden zwei kriminologische Sichtweisen untersucht, die als Erklärungsparadigmen dieses neu ausgelegten Strafrechts (das ‚Gefährdungsrecht') gelesen werden können: der ‚Verbrecher' als *‚Feind'*, eine Interpretation, die auf einem *Kriegsparadigma* basiert (Abschnitt 1.2.1), und der Verbrecher als *‚Risikofaktor'*, in dem sich das *Risikomanagement* ausdrückt (Abschnitt 1.2.2). Diese Auslegungen stellen dabei die Frage, ob überhaupt eine der beiden Richtungen in den Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung zu erkennen sind oder ob vielleicht sogar beide zu betrachten sind.

1.1. Der ‚Verbrecher' aus kriminologischer Perspektive

In der Zeit, in der noch Absolutismen in Europa regierten,[52] waren nicht die Menschen, sondern die Güter wichtig und notwendig für den Souverän. Es war daher legitim unerwünschte Untertanen problemlos zu eliminieren, sobald sie die souveräne Macht infrage stellten oder auch nur einen einfachen Verstoß gegen das Gesetz begingen.[53] Der Souverän verkörperte das Gesetz und das Gesetz verkörperte die souveräne Macht,[54] die sich durch expressive unverhältnismäßige Strafen und Maßnahmen äußerte,[55] d.h. durch eine nicht zu bremsende Todesmacht,[56] die allerdings kostspielig war und zur Schwächung dieser Formen zugunsten „rationeller" Strategien geführt hat.[57]

Die *klassische Schule* der Kriminologie, die mit dem Namen *Cesare Beccaria* und seiner *Dei delitti e delle pene*[58] verbunden ist, reagiert gegen diese Willkür und ganz nach dem damaligen Zeitgeist, betrachtet den Mensch als ein vernünftiges und hauptsächlich freies Wesen.[59] Nach dieser idealen Konstruktion sind alle Menschen gleich und frei – darunter auch diejenigen, die gegen das Gesetz verstoßen –. „Anyone can commit a crime: homo penalis is not a separate species, but a function."[60] Aus dieser Perspektive werden alle möglichen Fragen nach den individuellen und sozialen Bedingungen negiert. Der Ursprung der rational liberalen Einstellungen der Kriminologie (*rational choice*, *routine activity theorie, crime as opportunity* etc.), die nach der Tat und nicht nach dem Tä-

52 Vgl. für eine historische Perspektive *Van Dülmen* 1982.
53 *Foucault* 2003a: 65.
54 *Foucault* 1991: 53.
55 *Foucault* 1977: 63.
56 *Foucault* 1977: 47.
57 Grundsätzlich über die Übergangzeit sowie über die früheren souveränen Staaten, siehe *Foucault* 2004: 136 ff.; *íd.* 2003a: 73 ff.
58 *Beccaria* 1990.
59 Für eine kritische Betrachtung der klassischen Kriminologie siehe *Beirne* 1994, wobei der Autor die vermutlichen Prinzipien und Originalitäten dieser Kriminologie entmystifiziert und den Begriff als Resultat eines Differenzierungsmerkmals der positivistischen Strömung – Lombroso, Garofalo, Ferri - zeigt. Siehe dazu auch *Pasquino* 1991: 237; *Vormbaum* 2009: 25 ff.
60 *Pasquino* 1991: 237.

ter fragen, ist in dieser klassischen Schule zu erkennen.[61] Das Strafsystem reagierte auf eine bestimmte Tat, die einem Täter zuzurechnen ist und nicht auf die eventuellen zukünftigen Schäden, die nicht unmittelbar dem Adressat der Maßnahme zugeordnet werden konnten. Zeit und Ort der Einschließung sollten für die Vertreter der klassischen Schule genau berechnet und kontrolliert werden, da bei der Einsperrung die Vergeltung und keine präventiven Zwecke verfolgt wurden. Nicht länger Marter, Folter oder Schrecken sollen auf den Körper des Täters einwirken, sondern nur eine gerechte Retribution ist in der Lage, das gültige Gesetz wiederherzustellen, das wegen der Tat infrage gestellt wurde. Die Tat bedeutet keine Bedrohung für die Allgemeinheit und auch keine staatliche Sicherheitsfrage, wie es im Fall des ‚Gefährdungsrechts' betrachtet wird, sondern lediglich eine Störung; sie ist eine freie falsche Entscheidung, die gegen die normative Ordnung stößt.[62] Das Strafrecht soll die Erhaltung der Ordnung durch konsequente und präzise Härte bestätigen. Diese klassische Schule war die Basis für die Rationalisierung und – wahrscheinlich als Nebenwirkung – für die Humanisierung der Strafe. Die Vorstellung, dass das Strafsystem nur dann interveniert, wenn eine Tat begangen oder versucht wurde und die Vorstellung, dass die Einsperrung des ‚Verbrechers' streng und nach der Tatbegehung berechnet wird und nur wenn ihm eine Tat tatsächlich zuzurechnen ist, sind Vorstellungen, die dem Strafrechtsdiskurs des ‚Gefährdungsrechts' fremd sind.[63] In diesem Sinne zeigen sich das ‚Gefährdungsrecht' und der ‚Gefährder' als neue Auslegungen der bekannten klassi-

---

[61] Das ist auch klar in der von *Sutherland* und *Cressey* geübten Kritik an Bentham – ein anderer wichtiger Vertreter der klassischen Schule -, weil er in seiner Auslegung des ‚Verbrechers' hauptsächlich den freien Willen betont und damit den Weg zur äthiologischen Untersuchung des Verbrechens oder zur Prävention versperrte („assumes freedom of will in a manner which gives little or no possibility of further investigation of crime or of efforts to prevent crime") (*Sutherland/Cressey* 1960). Eine aktuelle Antwort auf diese Kritik könnte wahrscheinlich die *situational crime prevention* sein, bei der Kriminalitätsprävention durchgeführt wird, ohne dabei ein eigenes Interesse an den Ursachen der Kriminalität zu haben. Das ‚Gefährdungsrecht kann ebenso als eine mögliche Antwort auf diese Kritik gelesen werden: Es werden nicht Entscheidungen bestraft, sondern mögliche Effekte bestimmter Risikosituationen bzw. riskante Zustände ausgeschaltet.

[62] „Der Bruch mit der Vergangenheit, und würde selbst ein Jahrtausend, ja die gesamte Zeit der geschichtlichen Hochkultur zu ihr gehören, ist in sich selber gerechtfertigt, indem er die Bestimmung des Menschen zur Freiheit erfüllt" (*Alff* 1966: 37). Die Freiheit – als gemeinsames Gut - und die individuellen Freiheiten genießen die höchste Anerkennung in der aufgeklärten Gesellschaft. Der ‚Verbrecher' soll unter der Vergeltung der Strafe, die seine Freiheit einschränkt, leiden.

[63] Zur Frage der Zeit (retrospektive oder prospektive Intervention des Rechts) siehe *Opitz/Tellmann* 2009.

schen Strafrecht und ‚Verbrecher', und zwar als sicherheitsorientierte Auslegungen.

Gegen die formell-abstrakten Postulate der klassischen Schule richtete sich mit ihrer empirischen Substanz eine *moderne Kriminologie*, die zunächst in der Arbeit von *Adolph Quetelet* zu erkennen ist.[64] Ihm ging es um die Bestimmung von Regelmäßigkeiten in den Kriminalitätsraten jeder Gesellschaft und deshalb um eine gewisse *Physique sociale*. Es war eine ganz andere Perspektive, die auch in ihrer Freiheitseinstellung neuartig war: Nach *Quetelet* gibt es in der Natur und Konstitution der Gesellschaft bestimmte Gesetze und Ursachen wie Alter, Geschlecht, Beruf, Religion, Bildung etc., welche die Kriminalität als soziales Phänomen erklären. Die individuelle Tätigkeit sei daher als reines Instrument oder Äußerung dieser Gesetze zu verstehen. Aus dieser Perspektive wird die Frage nach dem freien Willen eher überflüssig. So sei es berechtigt zu behaupten: „Quetelet implicitly undermined the ideology of free will, by indicating the statistically relatively constant level of crime, the great regularity in the frequency of certain offences regardless of variations in the social reactions to it, and the fact that every type of person (and not a specific category) can become involved in crime."[65] Wenn Verbrechen soziale und nicht individuelle Ursachen hat, können ‚Verbrecher' schwer für ihre Taten verantwortlich gemacht werden. „To a judiciary that couched legal responsibility and the application of punishment in the classical discourse about the free legal subject, Quetelet's ideas about the causality of crime amounted to a deterministic heresy, for, if crimes had social rather than individual causes, then perhaps criminals could not be held strictly accountable for their misdeeds."[66] Die Analysen von *Quetelet*, im Unterschied zu den Analysen der klassischen Schule, scheinen daher näher an heutigen Vorstellungen des Verbrechens im Strafrechtsdiskurs zu sein: Allgemeine soziale Faktoren werden relevant für seine Verbrechensstatistiken, so wie es heute bei der Prognose von ‚Gefahren' und bei der Einschätzung von ‚Risiken' der Fall ist. Je nach Risikofaktor (Alter, Religion, Nationalität etc.) werden heute Risikoraster gebildet, die z.B. bei der Prognose von zukünftigen Schäden gebraucht werden. Einige Aspekte verhindern den-

[64] *Adolph Quetelet* (1796-1874) war eine der Hauptfiguren während der Entstehungszeit der Sozialwissenschaften. Seine Arbeit über die soziale Organisation erhielt Anerkennung von Marx und Durkheim. Quetelet wurde aber bis in die 1930er Jahre „kriminologisch" fast vollkommen ignoriert. In der Zeit fingen nordamerikanischen Studien an, sich mit diesen Vertretern der französisch-belgischen kriminologischen Schule der 1830er Jahre und mit seinen Ideen zu beschäftigen. Unter anderen sind hier Guerry, Lacassagne, Tarde und Durkheim zu nennen, die die Wege für eine amerikanische Kriminalsoziologie öffnen.

[65] *Van Swaaningen* 1997: 31.

[66] *Beirne* 1987: 1162.

noch die Arbeit von *Quetelet*, auf die hier analysierten Fällen anzuwenden: Die Faktoren, die *Quetelet* für seine soziale Statistiken bewertet, sind immer auf die soziale Gruppe bezogen. In den hier analysierten Fällen werden die als Risikofaktoren betrachteten Kriterien auf individuelle – und trotzdem undefinierte – Figuren bezogen: den Gefangenen, die ausländischen Banden etc. Nicht die ganze Gesellschaft, sondern bestimmte Risikopopulationen werden heute von den Ergebnissen der Statistiken erfasst. Die Statistik und die Prognose werden nicht zur Berechnung eventueller Kriminalitätsraten, sondern zur Prognose individueller Gefährlichkeit bzw. Schädlichkeit für die allgemeine Sicherheit angewendet. Die Risikofaktoren sind demzufolge der Grund für die Intervention des Strafsystems, was eine unmittelbare Erweiterung seiner Interventionsmöglichkeiten bedeutet. Während *Quetelet* das Verbrechen als reguläre Erscheinung in der Gesellschaft und demzufolge jede institutionelle Reaktion praktisch als nutzlos verstand („regardless of variations in the social reactions to it", wie es van Swaaningen betont[67]), werden heute Risikofaktoren durch das ‚Gefährdungsrecht' einkalkuliert und als existenzielle Bedrohung eingestuft und bekämpft.

Nach der italienischen *Scuola Positiva* im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts[68] werden ‚Verbrecher' als von Natur aus gefährliche Menschen betrachtet. Streng genommen kann erst seit dieser Schule von einem ‚Verbrecher' gesprochen werden.

> *"Very schematically, we can say that homo penalis is joined here by a new subject, homo criminalis, which constitutes a veritable new species, a separate race of people whose acts are not results of a false calculation [...], but manifestations of an evil nature. If crime amounts in classical law to a sort of accident of the mind, a confusion of representations, the new legal theory will regard the criminal as an excrement of the social body, at once a residue of archaic stages in the evolution of the species and a waste-product of social organization."*[69]

Das Verbrechen ist etwas Anormales sowie auch der *homo criminalis*. Diese Kriminologie wendete auf die Kriminalitätsfrage Theorien der Naturwissen-

---

67 *Van Swaaningen* 1997: 31.

68 Vgl. grundlegend über diese Schule *Ferri* 1896; íd. 1966. Eine der wichtigsten Ideen dieser Schule, die auch für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist, kann als „einer der radikalsten und weittragendsten Schlüsse der Kriminal-Sociologie, welchen die positivistische Schule errungen hat" bezeichnet werden, und zwar, „dass nämlich das Recht zu strafen nur eine Funktion der Selbsterhaltung des socialen Organismus ist, unabhängig von jedem Zustande sittlicher Freiheit bei dem Verbrecher" (*Ferri* 1896: 262).

69 *Pasquino* 1991: 238.

schaften an[70] und etablierte sich mit *L'uomo delinquente* von *Cesare Lombroso* von 1876[71] als eine stark anthropologisch geprägte Sichtweise. Der ‚Verbrecher' wird als eine Figur erdacht, die nichtzustoppenden Impulsen und irrationalen Trieben folgt. ‚Verbrecher' seien nicht wie ‚Nichtverbrecher'; sie bildeten vielmehr eine andere Kategorie von Menschen. „Verbrechen sind nach dieser Auffassung keine Frage der Entscheidung, sondern eine der Notwendigkeit und das heißt, der Naturgesetze, denen auch der Mensch folge".[72] Deshalb werden Maßnahmen aller Art, die für die Sicherheit der Gesellschaft vor solchen Anormalen notwendig sind, durchgeführt.[73] Diese erste anthropologische Erklärung wird später mit der Feststellung von psychologischen[74] und/oder sozialen[75] Mängeln ergänzt.[76] Das rechtliche Urteil verliert eigentlich an Bedeutung, da ‚Verbrecher' nicht länger ein Problem des Rechts seien, sondern vielmehr ein Problem der Psychologie und der Physiologie.[77] Nicht genaue Retribution, sondern Behandlung und/oder Ausschließung müssen je nach dem Grad der Gefährlichkeit des Täters in isolierten Räumen und für unbe-

---

70 Wie z.B. die Theorie von Charles Darwin in *On the Origin of Species* und *The Descent of Man* (Vgl. *Darwin* 1986), die wegen ihrer „wissenschaftlicheren" und apolitischen Erklärungsfähigkeit die Umwandlung von sozialen – wie die von Quetelet und Guerry - in biologischen Problemen ermöglicht. Vgl. auch *Pasquino* 1991: 242.

71 *Lombroso* 1887. Vgl. auch *Wetzell* 2000: 28 ff.

72 *Stangl* 1988: 70.

73 Diese kriminologische Idee der Verteidigung der Gesellschaft ist allerdings bereits früher in der Strafrechtstheorie mit *Carmignani* vertreten gewesen. In seinem vierbändigen Werk *Teoria delle leggi della sicurezza sociale* (1831/1832) plädiert er für die Ersetzung der juristischen Kategorien Verbrechen und Strafen durch *offesa* und *difesa sociale* (*Carmignani* 1831). Seine Arbeit führt dennoch nicht zur Umwälzung des Verständnisses über das Verbrechen und viel weniger zur Umstrukturierung des Strafsystems. Solche Transformationen werden erst durch die kriminologische Arbeit der Positivisten stattfinden. Vgl. *Pasquino* 1991: 241 ff.

74 Vgl. *Garofalo* 1968 (orig. 1914).

75 Vgl. *Ferri* 1896.

76 Es ist wichtig, einige der Unterschiede zu betonen, die es zwischen den drei Hauptvertretern der *scuola positiva* gibt. Während der Atavismus und die Überzeugung über die ‚geborenen Verbrecher' bezeichnend für die Einstellung von Lombroso waren, inkludierte Garófalo psychologische Faktoren, indem er den Mangel an Mitleid und Redlichkeit als moralisches Merkmal des ‚natürlichen Verbrechers' anerkannte. Ferri seinerseits betrachtete nicht nur die anthropologischen und psychologischen, sondern auch die sozialen Faktoren als Begründung dafür, dass einige Menschen ‚Verbrecher' sind. Vgl. *Lombroso* 1887; vgl. auch *Lombroso* 1902, wo manche soziale Faktoren (Arbeitslosigkeit, Armut) zwar erwähnt, aber in einer bio-hygienischen Weise behandelt werden; *Garofalo* 1968; *Ferri* 1896; sowie darüber grundlegend *Mannheim* 1974: 247 ff. Über den Atavismus siehe auch *Andriopoulos* 1996: 37 ff.

77 Vgl. *Ferri* 1896.

stimmte Zeit umgesetzt werden. Die Schule der *défense social* zeigt neue Leitlinien für die Forschung und Praxis.[78] Es geht um die Verteidigung der Gesellschaft: "This goal, they explained, could best be achieved by a criminal justice system in which the punishment fit the criminal rather than the crime."[79] In diese „verteidigende" Richtung lässt sich auch das in der vorliegenden Arbeit analysierte ‚Gefährdungsrecht' einordnen, das sich in den Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung äußert; die Verteidigung der Gesellschaft und die allgemeine Sicherheit sind Zwecke dieses Strafrechts. Im Unterschied zu den Positivisten wird allerdings heute Gefährlichkeit nicht als Folge von physischen bzw. psychischen natürlichen individuellen Deformationen betrachtet, sondern als Resultat der Summe von Risikofaktoren, die nicht unbedingt individuell und auch nicht unbedingt auf den Körper oder auf die Psyche übertragen werden. ‚Verbrecher' waren ‚Anormale'[80] nach der Einstellung der Scuola Positiva. ‚Gefährder' werden dagegen nicht unbedingt als Anormale betrachtet, sondern als Figuren, die auf der Basis von Risikofaktoren als *riskante* und *unsichere* Figuren konstruiert werden. Das Spektrum der möglichen Adressaten des Strafrechts ist daher stark erweitert, weil nicht nur individuelle und auch nicht nur psychophysische Abformationen als Ursache des ‚Verbrechens' erklärt werden. Es

---

78 So *Ferri* (1968: 102/103): „… indefinite segregation, such as we propose for the most dangerous atavistic criminals, is a measure which is already in use for ordinary lunatics as well as for criminal lunatics. But it may be said that this is an administrative measure, not a court sentence. Well, if any one is so fond of formulas as to make this objection, he may get all the fun out of them that he likes. But it is fact that an insane person who has committed a crime is sent to a building with iron bars on its gates such as a prison has. You may call it an administrative building or a penal institute, the name is unessential, for the substance alone counts. We maintain that congenital or pathological criminal cannot be locked up for a definite term in any institution, but should remain there until they are adapted for the normal life of society." In diesem Punkt treffen sich die französische und die italienische Schule. Beide stellen eine bürgerliche *Ideologie of defence social* dar und bieten daher die Möglichkeit neuer Legitimationsquellen der staatlichen Intervention. Diese moderne Schule der Kriminologie und der sozialen Verteidigung etabliert sich in europäischen Ländern und wirkt in einer unmessbaren Form auf der politischen Ebene, indem ihre Erklärung der Kriminalität und ihre Konstruktion von ‚Verbrecher' sowohl die aus der Gesellschaft, der Ökonomie und der Politik hervorgegangenen Selektionsprozesse, als auch die individuelle Selbstbestimmung verweigert.

79 *Wetzell* 2000: 75.

80 Im Folgenden wird der Begriff anormal – statt abnormal – angewendet. Dieser Begriffauswahl geht auf die Arbeit von *Michel Foucault* zurück, der gerade u.a. die Problematik derjenigen analysiert, die als „anders" betrachtet werden, weil sie sich *der Norm* nicht anpassen. Für das Konzept *Norm* siehe Abschnitt 6.3.1. Vgl. grundlegend dazu *Foucault* 2003.

werden vielmehr sämtliche Risikofaktoren (Ausländer zu sein, fehlende Disziplin im Gefängnis, Bekanntschaft mit ‚Verbrechern', Weigerung von Therapien etc.) einkalkuliert und als mögliche Quellen von eventuell schädlichen Ereignissen für die Zukunft kodiert. Die von den Positivisten vermeintliche Kausalität zwischen Anormalität und Verbrechen war eine Art von Einschränkung, die in dem heutigen Diskurs des ‚Gefährdungsrechts' nicht zu finden ist. Im ‚Gefährdungsrecht' gibt es keine Kausalität zwischen Anormalität und Tat: weil dem ‚Gefährder' keine Anormalität zugesprochen wird.[81] Die ‚Organisierte Kriminalität' als Adressat des Strafrechts lässt sich z.B. durch die Anormalitätsvorstellung der positiven Schule nicht erklären. Dem ‚Gefährder' wird nicht unbedingt eine Tat zugeschrieben. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung wird z.B. ohne unmittelbare Bindung mit einer Tat angeordnet. Die Ansätze der Scuola Positiva sind daher für die Analyse der heutigen ‚Gefährder' nicht weiter hilfreich.

Seit den 1930er Jahren tauchen im amerikanischen Kontext verschiedene kriminologische Theorien auf, welche die Anfänge der soziologischen modernen Kriminologie bilden und neue Konstruktionen und auch De-Konstruktionen der Figur des ‚Verbrechers' anbieten. Es gibt vier Hauptströmungen: Die sozial-ökologische Chicago Schule,[82] die Sozialerklärung der

[81] Vor der Scuola Positiva gab es kurze Zeit eine Erklärung des Verbrechens, die medizinisch bzw. psychiatrisch war und dennoch keine unmittelbare Bindung zwischen Anormalität und Verbrechen feststellte: die „Monomania" von *Esquirol*. Tötung oder Diebstahl wurden nach ihm als Folge einer pathologischen Besessung des gesunden Geistes erklärt. Diese Theorie wurde allerdings nur ein paar Jahrzehnte in der Wissenschaft diskutiert und dann in den 1850er Jahren wieder abgelehnt. Vgl. *Wetzell* 2000: 19.

[82] Die Anhänger der Chicago Schule gehen davon aus, dass es eine bestimmte soziale Unorganisation gibt, die nach Kartographien und ökologischen Feldstudien geographisch zu dechiffrieren ist. Die Umwelt – biologisch und sozial gesehen – bestimmt Sichtweisen und Handlungen, die wegen der relativ unüberwindbaren Bedingungen der *natural zone* keinen Platz für individuelle und freie Entscheidungen lässt (vgl. *Park* 1936). Als Erben der sozialen Studien von Gerry und Quetelet wenden die Sozialökologen die comteschen positivistischen Methoden der Naturwissenschaften nicht auf die Forschung über die Kriminalität und ihrer Raten auf nationalen Ebenen an, sondern auf urbane Räume und Nachbarschaften. Edwin Sutherland lenkte die von den Ökologen beobachtete soziale Desorganisation, die für ihn eigentlich eine differenzielle soziale Organisation ist, auf die Idee der differenziellen Assoziation, d.h. auf die Idee, dass in den Kontakten, die die Individuen miteinander haben, das Lernen einen wichtigen Platz hat und deshalb das abweichende Verhalten sowie das nichtabweichende Verhalten durch normale Transmissionsformen zu lernen und zu imitieren ist. Weder pathologische Individualität noch soziale Desorganisation erklären das Verbrechen, sondern die differenzielle Assoziation mit dem dementsprechenden differenziellen Erlernen (*Sutherland*/*Cressey* 1960).

Anomie-Theorie,[83] die interaktionistische Perspektive der sozialen Reaktion[84] sowie die naturalistische und ethnomethodologische Forschung.[85] Diese Ideen werden nach dem Zweiten Weltkrieg auch in Europa angenommen.

> *"Criminal justice in the emerging welfare state was no longer, or no longer exclusively, a relation between a Leviathan and an unruly subject. Instead, the criminal justice state became, in part, a welfare state, and the criminal subject, especially one who was young, or disadvantaged, or female, came to be seen as a subject of need as well as guilt, a 'client' as well as an offender. In the post-war decades, the standard response to problems of crime and delinquency –indeed the standard response to most social problems- came to be a combination of social work and social reform, professional treatment and public provision.'*[86]

'Verbrecher' werden als Mitglieder der Gesellschaft angesehen und sollen auf eine Resozialisierung vorbereitet werden. Es wird dementsprechend nicht von Anormalen und Gefährlichkeit gesprochen, sondern von *sozialen Problemen*, die

---

[83] *Merton* greift die Anomie von Emile Durkheim auf und beschreibt eine konsensualistische Gesellschaft (cfr. *Merton* 1938, 1957, 1964). Die Anomie besteht für ihn aus der Disparität zwischen kulturellen Zielen, die von der allgemeinen Gesellschaft geteilt und angestrebt werden (Konsum, Erfolg), und den institutionellen legitimen Mittel, die die Gesellschaft für die Verfolgung dieser Ziele zur Verfügung stellt. Die Beschränkungen dieser Theorie werden von Cloward und Ohlin überwunden, indem sie Anomie und die differenzielle Assoziation in Verbindung setzen, um die Gründe des abweichenden Verhaltens und ihre Transformationen erklären zu können. Albert Cohen seinerseits hat die Theorie der Anomie für eine pluralistische Betrachtung geöffnet, indem er Anomie und soziale Reaktion miteinander verband (Vgl. *Cohen* 1955, 1966).

[84] *Howard Becker* (1963, 1967, 1974), *John Kitsuse* (1962), *Edwin Lemert* (1967), *Kai Erikson* (1962) und *Edwin Schur* (1969, 1971) als die bedeutendsten Vertreter dieser Schule und jeder in seiner eigenen Form, entdecken und zeigen die fundamentale Rolle der Kontrollinstitutionen, die ein Verhalten als Verbrechen etikettieren und nachher dann dieses Etikett – Verbrecher - auf die Individuen, die das Verhalten gezeigt haben, übertragen. Der *labeling approach* öffnet auf diese Weise eine wichtige und neuartige Facette des Kriminalitätsproblems, nach der das Verbrechen nur existiert, weil es Akteure gibt, die etwas als Verbrechen bezeichnen.

[85] Der Naturalismus von *Matza* bricht mit den subkulturellen Postulaten und beharrt auf einer konsensuellen Weltanschauung, nach der die Werte einer Gesellschaft hauptsächlich von allen Mitglieder geteilt sind, auch wenn es manifeste und latente Werte, Ziele und Interessen gibt. Durch verschiedene Neutralisationstechniken schafft der Abweichler eine interne Schwächung der sozialen Kontrolle, eine sich daraus ergebende Neigung zu den latenten Werten und auf diese Weise die Affinität für die Abweichung, die wegen ihrer Attraktivität ausgewählt wird (*Matza* 1969: 90 ff.). Nach dieser Theorie ist die Motivation der abweichenden Handlung normal, weil sie aus einer Verstärkung der traditionellen moralischen Werte hervorgeht (*Matza* 1967, 1961).

[86] *Garland* 2001: 39.

zu lösen sind. Es gibt keine substanzielle Trennung zwischen denen, die ein Verbrechen begehen und denen, die angepasst leben.[87] In Wachstumszeiten, in denen der Arbeitsmarkt die vermuteten konsensuellen Werte und die Ökonomie günstig erscheinen, denkt man nicht an Sicherheit, sondern man lebt sie. Diese Sicherheit wird heute nicht mehr wahrgenommen, deshalb wird sie mit allen Mitteln verfolgt. *Unsichere* Faktoren werden berechnet und wenn möglich noch ausgeschaltet; dazu werden diffuse Risikokonstruktionen und angreifende Mittel benötigt.

In der Zeit der Wohlfahrtskriminologie[88] gab es allerdings Gründe für kritische Stimmen, die sich gegen einen paternalistischen und selektiven Staat geäußert haben. Es entstand eine so genannte *kritische Kriminologie*, die noch unbekannte und ungeahnte Facetten der Kriminalität und somit des ‚Verbrechens' erleuchtet. Die vorliegende Arbeit ist in diese kritische Tradition gebettet. Die Wurzeln dieser Kriminologie lassen sich in vier Gruppen einordnen: i. die sozialen und politischen Theorien der 1960er, die Frankfurter Schule, der französische (Post)Strukturalismus – *Foucault* u.a.- und die italienische neomarxistische Tradition – initiiert von Gramsci -; ii. eine gemeinsame *labelling* Kritik mit Basis in *H. Becker*, *E. Lemert* und *E. Goffman*; iii. die Konfliktsoziologie und Machtforschung der 1960er; und iv. die Perspektive der Sub-Kulturen und der sozialen Kontrolle, die von *A. Cohen*, *Matza* und *Cloward* und *Ohlin* entwickelt wurde.[89] Diese kritische Kriminologie ist nicht tat- oder täterorientiert. Sie ist grundsätzlich eine institutionenorientierte Kriminologie,[90] welche die Probleme, Lücken und Widersprüche des Strafsystems untersucht.

---

[87] Ein schönes Beispiel dafür bietet *Stanley Cohen* in *Visions of Social Control*, indem er einen Tag der Familie „Bürger" innerhalb der *Community* schildert und deutlich macht, dass das Umgehen mit problematischen Mitgliedern der Gesellschaft als Verantwortung von aller Bürgern angenommen war (*Cohen* 1988: 327).

[88] Für diese Terminologie vgl. *Garland* 2001.

[89] Vgl. *van Swaaningen* 1998.

[90] Sie kann in drei Hauptrichtungen zusammengefasst werden. Die *interaktionistische* Richtung folgt den Spuren des *labelling approach* und übt Kritik an der Selektivität und der politischen und sozialen Etikettierung. Diese Strömung findet in *Stanley Cohens Folk Devils and Moral Panics* und in *David Downes* in Groß Britanien (*Cohen* 1980; *Downes* 1988), sowie in *Fritz Sack* (*Sack/König* 1968) und *Karl Schumann* (1968) in Deutschland ihre Hauptvertreter. Die Spitze der interaktionistischen Kriminologie ist *zweitens* das abolitionistische Projekt von Kriminologen wie *Nils Christie* und *Louk Hulsman*, welche die Abschaffung des Strafsystems und seinen Ersatz durch soziale und integrative Mechanismen fordern (Vgl. *Christie* 1982; *Hulsman* 1975, *Hulsman/Bernat de Celis* 1982). Die *marxistische* Richtung sieht die Erfindung der Kriminalität als Folge der ökonomischen und sozialen Machtstrukturen und als Form der Unterdrückung an. Diese Linie wird von *Ian Taylor, Paul Walton* und *Jock Young* im Jahr 1973 in ihrer *The New Criminology* hinzugefügt (1988) und findet sich auch in *Thomas Mathiesens The Politics of*

Gegen Ende der 1960er Jahren verlor die Sichtweise der wohlfahrtsstaatlich geprägten Kriminalpolitik an Bedeutung. Diese Periode fällt mit der Zeit der immer lauter werdenden Stimme der kritischen Kriminologie zusammen. Die radikalen Einstellungen, die in den 1960er Jahren mit der absoluten Diskreditierung des Systems starteten, lösten gleichzeitig ungewollte Nebenwirkungen und Ideen aus: Wenn die Behandlung des Verbrechens nicht zur Besserung und Resozialisierung führen könne, dann seien Vergeltung und Ausschließung die einzigen vertretbaren Zwecke des Strafrechtssystems. Diese Vorstellung wurde auch von opportunistischen Politikern und besorgten Technokraten vertreten. Es begann eine Phase in der Kriminologie, die bis in die Gegenwart reicht.

Unterschiedliche Ereignisse und Empfindungen führen zu einem *scheinbar neuartigen* Verständnis des Strafrechts und der Figur des ‚Verbrechers': Hohe Kriminalitätsraten sind auf die Veränderungen am Arbeitsmarkt, auf die Erhöhung der Kriminalitätsgelegenheiten aufgrund der postmodernisierten alltäglichen Routinen sowie auf die Arbeitslosigkeit und die zunehmende Komplexität individueller Chancen und Perspektiven zurückzuführen.[91] Die Ineffizienz des Strafsystems wird ebenfalls erkannt, ebenso werden globale Risiken bewertet und empfunden.[92] Ich spreche hier von einem „scheinbar neuartigen" Verständnis des Strafrechts, weil auch wenn sie ohne Zweifel neue Nuancen zeigen, sie eigentlich auf längst verankerten Vorstellungen von *Verbrechen und Strafen* basieren (z.B. strafrechtliche Reaktion auf Gesetzesbruch, statistisch kalkulierbares Verbrechen, Verteidigung der Gesellschaft als Ziel etc.).

Die angekündigte neue Richtung in der Kriminalpolitik, die seit Ende der 1970er Jahre zu erkennen ist, kann in zwei Gruppen unterteilt werden: *criminology of the other* und *criminology of the self*.[93] Diese Spaltung spiegelt alte und neue Inhalte der Figur des ‚Verbrechers' wider[94] und wird hier folglich als Ar-

---

Abolition (1974), bei *Dario Melossi* und *Massimo Pavarini* in *Carcere e Fabbrica* von 1975 (1981) sowie bei *Michel Foucaults Überwachen und Strafen* von 1975 (1977). Die jüngste Hauptströmung der kritischen Kriminologie ist die *juristische*, die grundsätzlich von *Alessandro Baratta* und *Luigi Ferrajoli* vertreten ist und auch als *garantismo penale* bezeichnet werden kann. Diese Linie befasst sich gleichzeitig mit der Soziologie des Konflikts und mit der Rechtssprechung, wobei jeweils der Minimalismus im Strafrecht (*Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale* von 1982 – *Baratta* 1986), und dessen Wert als Schutz vor punitiven Angriffen (*Diritto e Ragione* von 1990 – *Ferrajoli* 2004) betont werden.

[91] Vgl. *Bauman* 1995; 1999; *Böhm/Gutiérrez* 2007; *Stenson* 1998.

[92] Anstoßgebend *Beck* 1986. Siehe auch *Garland* 2003a; *O'Malley* 2004.

[93] Vgl. dazu grundsätzlich *Garland* 2003, 2000, 2001.

[94] Die Annahme der Arbeit von Garland als Anstoß für die vorliegende Analyse bedeutet nicht eine absolute Akzeptanz seiner Thesen, die manchmal partiell und stilisiert er-

tikulationsglied zwischen dem traditionellen und kritischen Verständnis der Figur des ‚Verbrechers' einerseits und dem in der vorliegenden Arbeit als ‚Gefährdungsrecht' bezeichnete Ausdruck des gegenwärtigen Strafrechtsdiskurses andererseits, präsentiert. Das ‚Gefährdungsrecht' ist die Zusammensetzung aus den markantesten Äußerungen beider kriminalpolitischen Richtungen.

David Garland wies 1996 auf eine Dichotomie der Kriminalpolitik in den „*high crime societies*" hin.[95] Die Idee einer Dichotomie bzw. einer Spaltung hat eine starke Beschreibungskraft. In einer späteren Arbeit von *Garland* heißt es:

> *"In rethorical, political and criminological terms these two positions could not be more different. One response presents a ´criminology of the self´, refusing to draw lines between offenders and the rest of us, characterizing criminals as rational individuals who respond to temptations and controls in much the same way as anyone else. The other revives the ancient ´criminology of the other´, of the threatening outcast […] who is deeply marked by moral deprivation and a profound lack of empathy and impulse control. One criminology de-dramatizes crime, seeks to allay disproportionate fears and promotes routines preventative action. The other demonizes the criminal, works to arouse popular fears and hostilities, and strives to excite popular support for drastic measures of control."*[96]

Diese zwei gegensätzlichen Entwicklungen sind nach Garland eine Antwort auf zwei Phänomene, die in den 1960er Jahren entstanden sind: erstens die deutliche und unbestreitbare Zunahme der Kriminalitätsrate und zweitens das Zugeständnis, dass die Strafjustiz und das Strafsystem ineffizient sind. In dieser Antwort auf die infrage gestellte Wohlfahrtskriminologie treffen sich beide Einstellungen: *a.* Beide teilen die Emphase auf die Verstärkung der Kontrolle; *b.* die Entfernung von traditionellen konservativen und liberalen Ansichten, welche die früheren Besserungsstraftheorie charakterisieren; *c.* schließlich teilen sie die Behauptung, dass Kriminalität etwas Normales in der modernen Gesellschaft ist, d.h. *nicht anormal*.[97] Gerade diese drei Merkmale, die beide Richtungen gemeinsam haben, werden im ‚Gefährdungsrecht' wiedererkannt. Im Strafrechtsdiskurs, der ‚Gefährder' konstruiert und adressiert, ist zu be-

---

scheinen. Insbesondere seine lineare Genealogie der Kriminalitätskontrolle und die an die „Moderne" gefesselte Darstellung der unterschiedlichen Kontrollformen werden in dieser Arbeit nicht geteilt. Vgl. für Kritiken seiner grundlegenden Arbeit zu diesem Thema (*Culture of Control*, 2001): *Matthews* 2002; *Young* 2002; *Braithwaite* 2003. Schon früher und spezifisch kritisch zur Idee der *criminology of the alien other* (bezogen auf *Garland* 1996), *Hallsworth* 2000.

[95] *Garland* 2003.

[96] *Garland* 2000: 216.

[97] Vgl. *Garland* 2000. Für eine ausführliche und breite Analyse des Wohlfahrtsstrafmodells, ihrer Infragestellung und der Entstehung der Kriminalpolitik der Spät-Moderne siehe *Garland* 2001 (insbesondere Kap. III, VII und VIII).

trachten: *a.* die Verschärfung (im Sinne von Erweiterung und Verhärtung) der strafrechtlichen Interventionen; *b.* die rein präventive Logik, die eine allgemeine Sicherheit bezweckt und mit Behandlung und Resozialisierung nichts zu tun hat; *c.* die *Normalität* der zu kontrollierenden Risiken und auszuschaltenden Gefahren, welche die ‚Gefährder' bedeuten. Im Folgenden werden diese Richtungen, welche die Basis des ‚Gefährdungsrechts' bilden, näher analysiert.

Die *criminology of the self* bzw. *of the everyday life*,[98] die *Garland* beschreibt, „see crime as continuous with normal social interaction and explicable by reference to standard motivational patterns. Crime becomes a risk to be calculated (both by the offender and by the potential victim) or an accident to be avoided […], rather than a moral aberration which needs to be specially explained."[99] Diese Kriminologie wird dann nicht hauptsächlich von der Polizei oder vom Justizapparat umgesetzt, sondern befasst sich mit Gelegenheitsstrukturen, Routinen und schließlich auch mit Risikostrukturen jenseits der staatlichen Schemata, und ihre Tätigkeit zielt deshalb mehr auf Opfer als auf Täter ab. Diese Kriminologie fokussiert auf alltägliche soziale Praktiken.[100] Das Verständnis des Verbrechens als etwas Normales in den heutigen Gesellschaften und des ‚Verbrechers' als normale und rationale Person bedeutet nicht, dass sowohl Tat als auch Täter schlicht und einfach akzeptiert werden, sondern, dass die Subjekte selbst mit diesen Angelegenheiten umgehen können müssen. Die Lage in dieser Hinsicht ist normalerweise *at-a-distance* reguliert.[101] Die Re-

---

98 Es gibt mehrere Theorien oder Ansätze, die nach *Garland* die *criminology of the self* bilden, indem das Verbrechen eine Folge von Motivation und Opportunität ist und etwas Normales, genauso wie ‚Risiken', die der Realität von aktuellen sozialen Prozessen und Interaktionen zueigen sind (vgl. *Garland* 1996: 450 ff., *íd.* 2000: 9). Der Autor identifiziert u.a. die *rational choice theory, routine activity theorie, crime as opportunity, economic analysis of crime* und die *situational crime prevention*; vgl. auch *Clarke* 2000: 97.

99 *Garland* 1996: 451.

100 Vgl. *Garland* 2000: 215; *íd.*, 2001: 16; *O'Malley* 1996.

101 Diese *governance-at-a-distance* kann nach *Crawford* (2000) anhand von vier Hauptstrategien dargestellt werden, die konkordant mit den von Garland erwähnten alltäglichen Kriminologien ist. a. *Responsabilisation*: Es existiert eine Partnerschaft zwischen Staat und Bevölkerung und zwischen Staat und Privatsektor. Nicht länger nur der Staat, sondern auch die Individuen sind für ihren Alltag verantwortlich. Sie sollen als verantwortliche *rational choice actors* handeln; b. *Pluralisation*: bezieht sich auf die Fragmentierung und Zerstreuung von *Policing* und Kontrolle, was mehr verantwortliche Akteurs bedeutet. Neben der Polizei gibt es u.a. Privatsicherheitsdienste, kommunale Präventionsgruppen, wachende Nachbarschaften; c. *Autonomisation*: Ihr geht es um die Möglichkeit der Selbstverwirklichung freier Individuen, die fähig sind, ihre Identität und ihre Zukunft herzustellen. Individuen, die Architekten ihrer gesellschaftlichen Stellung und ihrer Sicherheit sind; d. *Consumerisation*: Alles, und die Sicherheit auch, ist *Commodity* geworden (vgl. *Crawford* 2000: 202/203). Der von Crawford verwendete Begriff „Consumerisation" wird im Deutschen mit „Kommodifizierung" übersetzt.

gulierung operiert durch lokale, private, einzelne Praktiken, die quer durch die Gesellschaft stattfinden.[102] Die *criminology of the self* löst die Figur des ‚Verbrechers' auf: *Jeder kann ‚Verbrecher' sein*, *‚Verbrecher' zu werden ist normal*. Die Techniken für die Kontrolle des Verbrechers sind von allen Bürgern und in der ganzen Bevölkerung anzuwenden; *zerstreute Interventionen – nicht ausschließlich von strafprozessualen Organen – werden durchgeführt*. Diese diffuse Logik des Risikomanagements ist auch im Diskurs des ‚Gefährdungsrechts' zu beobachten. Die diffuse allgegenwärtige Gestaltung des Risikomanagements hat allerdings andere Wirkungen, wenn nicht Opfer aller Art vor Risiken gewarnt werden, sondern vielmehr eventuelle Täter aller Art als Risikofaktoren verfolgt werden.

Die Entwicklung der *criminology of the (alien) other*, die sich in der Verschärfung der Gefängnisstrafen – zeitliche Verlängerung sowie härtere Haftbedingungen –, sowie in der Abbau von Garantien zeigt, bezeichnet Garland als *punitive Segregation*.[103] Täter und Opfer gehören zu zwei Gruppen. In dem Buch *„Body Count: Moral Poverty and How to Win America´s War Against Crime and Drugs"* werden gefährliche, unmoralische und nicht zu stoppende Täter gezeigt sowie immer höhere Kriminalitätsraten, die nur durch exkludierende Maßnahmen zu bekämpfen seien.[104] Der ‚Verbrecher' ist hier konstruiert: "Not as an agent capable of choice, but much as a dangerous animal, which, may not be brought into a public places (even on a leash) because it is the sort of creature that is know to bite."[105] Die Ausschließung – die sich im Fall des ‚Gefährdungsrechts' auch als rechtliche Ausschließung manifestiert – sei das effektivste und einfachste Mittel, ihn zu neutralisieren, zugunsten der allgemeinen Si-

„Kommodifizierung" leitet sich aber eigentlich vom Begriff „Commodification" von Steven Spitzer ab. Siehe dazu *Nogala* 1995.

102 Vgl. *Garland* (1997: 187): "The aim is to align the actors' objectives with those of the authorities; to make them active partners in the business of security and crime control. [...] The parallels with the problems of 'securing' economic processes through 'liberal' government suggest themselves forcefully."

103 Diese Punitivität stelle drei Charakteristika dar: *a.* Ein expressiver Modus der Bestrafung und gleichzeitig eine eher instrumentelle Logik. „Das neue kriminalpolitische Ideal ist, dass die Öffentlichkeit gleichzeitig geschützt und ihre Gefühle ausgedrückt werden"; *b.* Populistische und politisierte Maßnahmen; und *c.* Eine neue Verbindung zu der Figur des Opfers, die sich in einem Null-Summen-Spiel zeigt: wer für den Täter ist – z.B. durch Rehabilitation-, ist dann automatisch gegen die Opfer (*Garland* 2003: 41). Für eine grundlegende Analyse des Konzepts und Entwicklung der punitiven Rhetoriken siehe *Groenemeyer* 2003, *Sack* 2003.

104 Vgl. *Bennett/Di Iulio/Walters* 1996. Für eine kritische grundlegende Analyse dieser Kriminalpolitik siehe *Beckett* 1997.

105 *Von Hirsch/Shearing* 2000: 90.

cherheit.[106] Diese unterschiedlichen Taktiken drücken Grade und Formen von Exklusion aus. Alle diese Taktiken sind aber der Verteidigung und der Feindbildung eigen. Dieser ‚Verbrecher' sei *eine Gefahr und eine Bedrohung für die Sicherheit der Gesellschaft und des Staates* und nicht nur eine unerwünschte rückläufige Erscheinung.

Gegenwärtige Figuren, die in der vorliegenden Arbeit als ‚Gefährder' bezeichnet werden, vereinen Elemente des Diskurses einer *criminology of the self* und einer *criminology of the alien other*. ‚Gefährder' zeigen sich als die Figuren, die diese beiden gegenwärtigen Facetten des ‚Verbrechers' vereinen: Er ist allgegenwärtig, aus Risikofaktoren konstruierbar und mit repressiven Mitteln zu bekämpfen.

1.2. Kriminologische Ansätze zum ‚Feind' und zum ‚Risiko'

Der Bezug zum Sicherheitsparadigma als Rechtfertigunggsgrund für strafrechtliche Novellierungen und neu eingeführte Mechanismen vereinigt die unterschiedlichen Richtungen der gegenwärtigen Kriminalpolitik und des Strafrechts: entweder durch Feindbekämpfung oder durch Risikomanagement. Das Ziel ist stets, Sicherheit zu schaffen bzw. Unsicherheit zu minimieren. Da die Sicherheit nur ein Versprechen[107] ist und ein nicht erreichbares Gut, werden immer mehr Mittel notwendig, um dem niemals erreichbaren Sicherheitsversprechen näher zu kommen.

Im Folgenden werden Hintergrund und Ansätze der heute am meisten diskutierten Richtungen der Kriminalpolitik, die zu zwei unterschiedlichen Strafrechtsmodellen zu führen scheinen, vorgestellt: Eine Linie, die ein *Kriegsparadigma* folgt, bietet kriminologische Studien über den ‚Verbrecher' als ‚Feind' und über das Verhältnis von Verbrechen und Krieg. Auf dieser Linie ist die Logik einer *criminology of the alien other* (oder die Kritik an dieser kriminal-

---

[106] Für die Funktionsweise der Exklusion als gesellschaftliche „Bulimie" siehe *Young* 2001. Für eine sozial-anthropologische ausgedehnte Analyse der Exklusion als Kontrolle der „Überflüssigen" siehe *Wacquant* 1999, 2000, 2001 und 2005.

[107] *Krasmann* 2003: 84 f.: „Freiheit existiert nicht als ursprüngliche Gegebenheit, sondern ist Postulat und Versprechen. Darüber hinaus muss die ökonomische Regierung, die auf die Freiheit der Subjekte setzt, die entsprechenden Bedingungen der Freiheit herstellen: die Ausübung von Freiheit ermöglichen und sicherstellen. Sicherheit ist das komplementäre Versprechen zur Freiheit und nicht minder konstitutiv für das Regierungshandeln. Schließlich gibt es eine Reihe von Unsicherheiten, welche die Freiheit der Bürger –und freilich auch der Marktkräfte – bedrohen und folglich Anlass sind für staatliche Interventionen.".

politischen Linie) zu erkennen. Auf strafrechtlicher Ebene lässt sich eine Auslegung dieses Kriegsparadigmas im Feindstrafrecht identifizieren. Nach dem Feindstrafrecht sei Sicherheit durch die Bekämpfung der ‚Feinde', d.h. derjenigen, die sich nicht länger als ‚Verbrecher' bezeichnen lassen, zu schaffen. Ein zweiter Weg ist mit dem *Risikoparadigma* gegangen worden. Mit den Auslegungen der soziologischen Risikotheorie werden Wege vorgeschlagen, um die Risiken der späteren Industrialisierung und grundsätzlich der großen globalisierten Gesellschaften unter Kontrolle zu bringen und regierbar zu machen. Aus kriminologischer Perspektive wird von Risikopopulationen und von Risikomanagement gesprochen, wie etwa in dem Ansatz der *actuarial justice* zu beobachten ist. Auch diese kriminalpolitische Orientierung habe zu einem neuen Strafrechtsdiskurs geführt, ein Risikostrafrecht, das einige Merkmale und Grenzen des modernen Strafrechts abzuschaffen scheint.[108] Beide kriminologischen bzw. kriminalpolitischen Schemata (Kriegsparadigma und Risikoparadigma) und die strafrechtlichen Diskurse werden im Folgenden dargestellt. So wird anschließend möglich sein, das in der vorliegenden Arbeit untersuchte ‚Gefährdungsrecht' vor diesem Hintegrund zu erklären und abzugrenzen.

1.2.1. Kriegsparadigma

Im Folgenden werden kriminologische Ansätze präsentiert, welche die Figur ‚Feind' im Feld der Institutionen der sozialen Kontrolle und der sozialen Ausschließung untersucht haben. Dass ‚Feind' und ‚Verbrecher' als verwandte Figuren angesehen werden können, wird anschließend am Beispiel des strafrechtlichen Konzepts ‚Feindstrafrecht' zu zeigen sein.

1.2.1.1. Der ‚Feind' in der Kriminologie

Es gibt kriminologische Analysen, die sich mit der Frage des ‚Feindes' in der Kriminalpolitik beschäftigen und Parallelen zwischen Verbrechen und Krieg ziehen. Manche dieser Autoren erkennen eine Wiederbelebung der Figur des ‚Feindes' in der Kriminalpolitik und erklären sie als eine Kontinuität früherer Prozesse und Politiken.[109]

---

[108] Es wird immer wieder gesagt, dass das Risikostrafrecht zu einer „Erosion" des traditionellen Strafrechts führe (*Seelmann* 1992: 467).

[109] *Garland* 2000: 216. Für die Idee von premoderner Irrationalität siehe auch *Steinert* 1998.

> *„Mit der Kategorie des Verbrechers kann immer noch eine eigene Klasse von ‚unwürdigen' und ‚gefährlichen', zeitweise ‚minderwertigen', zeitweise nur ‚inkompetenten' Menschen bestimmt werden. Es ist kein Zufall, daß law-and-order-Kampagnen und Feindbild-Propaganda große Strukturähnlichkeiten aufweisen und daß bürokratisch organisierte Selektion, Deportation, Lager und Ghettos, also Maßnahmen, die auch zur Bestrafung eingesetzt werden, eine besondere Rolle in Politiken der Ausschließung ganzer Kategorien (so auch in der nationalsozialistischen Vernichtungs-Politik) spielten und spielen."*[110]

Andere Arbeiten betonen eher – ohne Kontinuität zu verneinen – die einzigartigen Merkmale der gegenwärtigen Prozesse – Feindbildungen und Kriegserklärungen – in der Kriminalpolitik und rechnen sie der gegenwärtig weltweiten Konstellation von Neoliberalismus, Postmodernismus und Globalisierung zu.[111]

Das Kriegsparadigma innerhalb der Kriminologie als Erklärung für die Funktionsweise des Strafrechts ist allerdings nicht neu. Der marxistische Kriminologe *William Bonger* war wahrscheinlich ein Vorläufer in diesem Bereich, als er schon 1916 über das Verhältnis von Krieg und Verbrechen schrieb.[112] Die Analyse war allerdings nicht über Ähnlichkeiten zwischen Krieg und Verbrechen oder zwischen ‚Verbrechern' und ‚Feind', sondern über den Krieg als Ursache der Kriminalität. Die Figur eines ‚Feindes' als konstruierter Adressat innerhalb der Kriminalpolitik taucht deshalb in seiner Arbeit nicht auf.[113]

Seit *Bonger* und bis vor einigen Jahre ist in der Kriminologie nicht viel über Krieg und Verbrechen gesagt worden. Diese Zurückhaltung wurde teilweise von *Ruth Jamieson* unterbrochen,[114] die verschiedene Ansätze über das Verhältnis Krieg und Verbrechen in ihrer Studie *„Towards a criminology of war in Europe"*[115] zusammengefasst hat. Sie erwähnt etwa die Ideen von *„war as anomie"*, *„war as school of crime"* und *„war as an intensified expression of the gender or-*

---

110 *Cremer-Schäfer/Steinert* 2000: 61 f. Vgl. auch ähnlich *Cremer-Schäfer* 1995.

111 Vgl. *Böhm/Gutiérrez* 2007, *Garland* 1996, 2000, 2001, 2003; *Krasmann* 2003, 2007, 2007a; *Ruggiero* 1996, 2006, 2007; *Sack* 1995, 1998, 2003, 2007; *Wacquant* 1999, 2000, 2001, 2005; *Young* 2003, *Mooney/Young* 2007. Diese Unterscheidung zwischen premodernen und postmodernen Entwicklungen wird auch von *Zedner* (2006: 90) betrachtet und von *Hallsworth* (2002) weiter entwickelt, indem er moderne und postmoderne Elemente der Kriminalitätskontrolle zusammenführt und analysiert.

112 *Bonger* 1967 [1916].

113 Im Jahr 1936 hat er erneut über dieses Thema geschrieben und die erwähnte kausale Beziehung behauptet (*Bonger* 1936).

114 Ähnlich auch Jock Young:"The emerging criminology of war seems to bring together the narratives of crime and of war and remedying the surprising ignoring of war (see Jamieson, 1998, and of genocide see Morrison, 2003) by conventional criminology" (*Young* 2003: 392).

115 *Jamieson* 1998.

der".[116] Neben diesen Erkenntnissen stellt sie auch andere komplexere und für die Ziele der vorliegenden Arbeit einschlägige Verbindungen her, die im Folgenden beschrieben werden.

Nach der Idee von *„war as 'temporary reversal' of moral progress"* sinkt die Kriminalität in Kriegszeiten. "Not because men are more normal, but because men who have the instinct of murder, rapine, and parasitism – criminals, in short – find in the very feats of warfare an outlet and expression for these instincts."[117] Diese These sei sogar dadurch bestätigt, dass die weibliche Kriminalität nicht sinkt, während Jugendkriminalität steigt.[118] Nach *Keegan* ist die Wirkung aktueller innerer Kriege „a vehicle through which the embittered, the dispossessed, the naked of the earth, and the hungry masses yearning to breathe free, express their anger, jealousies and pent-up urge to violence".[119] Aus diesen Analysen würde folgen, dass der ‚Verbrecher' und der Krieger eine zur Gewalt neigende Persönlichkeit haben bzw. wegen sozialer Umstände zur Gewalt gebracht würden und hemmungslos natürlichen Instinkten folgten. Es zeigt sich eine ähnliche Vorstellung von Krieger und Verbrecher in dem Sinne, dass beide grundsätzlich männliche Figuren sind. Der Krieger – der zugleich ‚Feind' gegenüber der feindlichen Gruppe ist – und der ‚Verbrecher' zeigen hier ähnliche Züge, die auch teilweise in der Figur des ‚Gefährders', die vom Gesetzgeber und vom Bundesverfassungsgericht konstruiert wird, wieder zu erkennen sind: Männlichkeit und Gewalttätigkeit. Die ‚Feindlichkeit' des in der vorliegenden Arbeit analysierten ‚Gefährders' wird allerdings auch im Bereichen wie Wirtschaft und Politik konstruiert, was neu zu sein scheint. Darüber hinaus haben ‚Feinde' und ‚Verbrecher' ihre Subjektgestaltung immer behalten, während ‚Gefährder' als Gefahren konstruiert und als gespenstische Formen gefürchtet und bekämpft werden.

Eine andere Alternative im Verhältnis *war and crime* wird wieder von *Bonger* dargestellt: *„war as 'temporary inversion of prevailing morality'"*. Hier sieht er eine Dichotomie oder Spaltung innerhalb der Gesellschaft und nicht eine „moralische Inversion"[120]: „ethical dualism in which one set of moral standards applies to the community and another to its [excluded] enemies".[121] Diese ‚Feinde' seien nicht nur die kriegerischen ‚Feinde', sondern auch die ‚Verbrecher' und jede Form des „Unmoralischen", d.h. Individuen, welche die angeblich herrschende Moral nicht teilen. Wenn das so ist, könnte man dann sagen, dass ‚Feind' und ‚Verbrecher' eigentlich lediglich aufgrund der nationa-

---

[116] *Jamieson* 1998: 482, 484, 486.
[117] *Hamon, A.*, *Lessons of the World War*, London, S. 63, zitiert in *Jamieson* 1998: 484.
[118] *Hamon, A.*, *Lessons of the World War*, London, S. 63, zitiert in *Jamieson* 1998: 484.
[119] *Keegan* 1993: 56.
[120] *Bonger* 1936: 63.
[121] *Jamieson* 1998: 484.

len Grenzen unterschieden werden. Ihre Ausschließung aus der Gesellschaft und ihre ähnliche „unmoralische Gestalt" seien von beiden geteilt.[122]

Das Verhältnis zwischen Krieg und Verbrechen kann auch aus einer anderen Perspektive erläutert werden, die nicht unbedingt das Ausschließungspotenzial, sondern die integrativen und flüssigen Formen beider Phänomene betont: *„War as a 'continuance of economic relations'"*. In diesem Punkt greift *Jamieson* wieder auf den Text von *Bonger* von 1916 zurück, indem sie behauptet: "Militarism was closely linked to colonialism (the external struggle for the expansion of markets) and internal pacification."[123] Unter diesen Umständen – *Jamieson* erinnert an *Sutherland* - kann der Krieg als eine Chance für den Markt gesehen werden[124] oder als eine Form, den Markt zu schützen – wie etwa als Rechtfertigung für das ‚Gefährdungsrecht' im Fall der akustischen Wohnraumüberwachung argumentiert wird.[125]

Es gibt schließlich noch drei wichtige Ansätze, bei denen das Verhältnis von ‚Feind' und ‚Verbrecher' im Mittelpunkt steht.

Nils Christie – mit seinem Werk *Suitable Enemy*[126] und etwas später (zusammen mit *Bruun*) mit dem *Nützlicher Feind*[127] – betont die Zusammensetzung zwischen juristischen und politischen Formen der strafrechtlichen Etikettierung. *Christie* und *Bruun* identifizieren die Wirkung einer Kriminalpolitik, die weit über reine kriminalpolitische Ziele hinausgeht. Die Feindbildung sei lediglich ein effektives Machtinstrument, um gegen diejenigen vorzugehen, die als soziales und folglich als politisches Problem angesehen werden und demzufolge beiseitegeschoben werden sollen. Bestimmte Taktiken können dabei zum Erfolg des erklärten Krieges führen:

---

[122] Siehe *supra* FN 109.

[123] *Jamieson* 1998: 485.

[124] *Sutherland* 1983: 190.

[125] Unter dieser Perspektive bearbeiten mehrere Autoren die unterschiedlichen Richtungen, die diese ökonomische Facette des Krieges und ihr Verhältnis zum Verbrechen anbieten können (vgl. *Karp* 1994, *Naylor* 1995; *Ruggiero* 1996; *Wright* 1996). Sie kennzeichnen eine doppelte Form von Wechselbeziehungen zwischen Wirtschaft, ‚Verbrechen' und ‚Krieg': Der erklärte ‚Feind' macht es notwendig, über ein bestimmtes Instrumentarium und über eine bestimmte Technologie zu verfügen, die nur im Kreislauf der Wirtschaft vorhanden sind und die dann zu einer bestimmten Gesetzgebung (für den Erhalt dieser Technologie und die freie ökonomische Zirkulation) und deshalb zu bestimmten Figuren des Verbrechers führen. Der andere Weg beginnt nicht mit einem Feind, sondern mit der Wirtschaft, die, wenn sie sich bedroht oder in Schwierigkeiten sieht, die Konstruktion von Feinden erleichtert oder sogar fördert, die dann in der entsprechenden Gesetzgebung als ‚Verbrecher' konstruiert werden. Für eine Vertiefung dieser Erkenntnisse siehe auch *Sack* 1998, 2006.

[126] *Christie* 1986.

[127] *Christie/Brunn* 1991.

> *„Der Feind muß also so stark erscheinen, dass gewisse Sondervollmachten angezeigt sind. Ein Weg, dieses Vertrauen herzustellen, ist die normalen gesellschaftlichen Kontrollinstrumente gegen Machtmissbrauch teilweise außer Kraft zu setzen. Ein anderer Weg ist, den Meinungsführern freie Hand für die Kampftaktik zu geben. In Kriegszeiten macht es die Zensur den Bürgern sehr schwer zu beurteilen, wie genau sich die Schlachten auswirken […]. So wird es für den Normalbürger fast unmöglich einzuschätzen, ob es Fortschritte gibt oder Rückschritte. Nichtautorisierte Kommentatoren können ja dem Feind in die Hände arbeiten: je härter der Krieg, desto geringer interne Diskussion über Zweck und Mittel des Kampfes.“*[128]

Die Autoren beziehen sich damit auf die Taktiken der Anti-Drogen-Politik, die vergleichbar mit den Formen der regulären Kriege sind (Angstverbreitung, Medienkontrolle, Unsichtbarkeit des befürchteten Feindes etc.). Diese Beschreibung ist zum Beispiel fast identisch mit dem damaligen *war on drugs*, den die USA-Regierung erklärt hatte. Bestimmte Figuren innerhalb und außerhalb der Grenzen der Vereinigten Staaten wurden als ‚Feinde' konstruiert (Drogendealer, „Narcos", Kokabauer etc.) und mit den Mitteln des Strafrechts in Kooperation mit den Sicherheitsdiensten verfolgt.[129] Die Figur des ‚Gefährders'

[128] *Christie/Brunn* 1991:54.

[129] Der vom US-Präsidenten Richard Nixon erklärte *war on drugs* in den USA – Oktober 1969 – hat damals ein Kontinuum von wohlfahrtsstaatlichen Maßnahmen unterbrochen. „Nixon hatte die Drogenpolitik als sozusagen ideales politisches Instrument entdeckt. Es gelang ihm, durch die Thematisierung von Heroin von internationalen Problemen (Vietnam) abzulenken, die amerikanische Bevölkerung in einer schweren innenpolitischen Krise zu einen, die ihm unliebsame Anti-Vietnam-Opposition als ‚wrongdoers' zu diskreditieren sowie Drogenpolitik als außenpolitisches Instrument (Entwicklungs- und Militärhilfe) zu entdecken." (*Beke-Bramkamp* 1992: 98). Die Politik war zwar stark, aber nicht im eigentlichen Sinne „kriegerisch", wie es später beim Präsidenten Ronald Reagan der Fall gewesen ist. Die emotionale Lage des Landes die noch schlimmer war als die, die Nixon vorgefunden hatte, forderte 1982 schnelle, starke und hauptsächlich sichtbare Maßnahmen vonseiten der Politik. Reagan bemerkte, dass die Drogen und ihre Bekämpfung ein gutes Thema für die Innen- und Außenpolitik seien (*Jensen/Gerber/Babcock* 1991: 658). Darauf hin entwarf er für die Bevölkerung ein uraltes neues Feindbild: Drogenhändler und Drogenkonsumenten (*Beke-Bramkamp* 1992: 121), die näher, sichtbarer und bedrohlicher als die Kommunisten wahrzunehmen waren. Feind- und Kriegserklärung sind im politischen Diskurs aufgetaucht. Ebenso hat sich die Vorstellung der Gefährlichkeit und danach die der Verteidigung in der Öffentlichkeit etabliert. Der moralische Kreuzzug richtet sich danach und hängt immer davon ab, welche Ziele an die politischen Handlungen geknüpft sind. ‚Feinde' werden nach und nicht vor der Bestimmung der Sicherheitsbedrohung konstruiert. Und diese „Feindbilder" stehen selbstverständlich in einer engen Beziehung mit der Bekämpfung dieser ‚Feinde'. Die Politik des *law and order*, die am Anfang von Reagans Periode eine immer bedeutendere Rolle spielte, hatte auch während sei-

in der vorliegenden Arbeit geht allerdings über die Figur des damaligen ‚Feindes' hinaus. Während *Christie* behauptet, dass soziale bzw. politische Probleme durch die ‚Feindbildung' effektiver zu bekämpfen seien, entsteht die Figur des ‚Gefährders' nicht gerade aus der Bekämpfung von sozialen bzw. politischen Problemen, sondern vielmehr aus der Bekämpfung von Risiken, die als *existenzielle Bedrohung* eingestuft werden. „Probleme" werden daher im ‚Gefährdungsrecht' nicht nur *politized*, sondern auch *securitized*.[130] In diesem Sinne ist der ‚Gefährder' (noch) unbestimmter und ‚bedrohlicher' als ein ‚Feind' und wird demzufolge durch diffuse und angreifende Rechtsmittel bekämpft. Bezüglich des ‚Feindes' von *Christie* gilt: „Dangerous criminals are impossible to predict with precision; action against them represents a serious deviation from fundamental legal guarantees."[131] Diese Aussage trifft auf den ‚Gefährder' nur teilweise zu. Der ‚Gefährder' wird nicht als eine Figur gesehen, die unmöglich vorherzusehen ist. Der ‚Gefährder' ist vielmehr gerade aus den Techniken des Risikomanagements gebildet und als *predictable* konstruiert. Gerade wegen dieser vermeintlichen Voraussehbarkeit wird strafrechtlich – frühzeitig und präventiv – gegenüber ‚Gefährder' agiert. Verfassungsrechtliche Garantien werden dazu nicht verletzt, sondern umformuliert.

Heinz Steinert beschäftigt sich mit der Figur des ‚Feindes' im Kontext der Ausschließungsprozesse der sozialen Kontrolle und eines Strafrechts, das ein wichtiges Instrumentarium zu den ‚structures of domination' bietet.[132] Ausgehend von einer externalisierenden Ausschließung[133] erreicht *Steinert* einen Ver-

---

ner Präsidentschaft einen immensen Einfluss: Der *war on terrorism* sollte Vorbild für den *war on crime* sein (*Shank* 1987: 36).

130 Mit „securitized" wird hier auf den Approach der *Securitization* hingewiesen (Vgl. *Buzan/Waever/de Wilde* 1998, insbes. Chapter 2). Das Konzept *securitization* bezieht sich auf einen politischen Prozess, durch den eine politische, soziale und ökonomische Angelegenheit nicht nur zur „politischen Frage" wird, d.h. zum Objekt der öffentlichen Politik. Durch den *Securitization-Prozess* wird das Thema vielmehr zur „Sicherheitsfrage", d.h., das Thema wird als existenzielle Bedrohung dargestellt und dementsprechend werden Notmaßnahmen erforderlich und gerechtfertigt (vgl. *id.*: 23 f.).

131 *Christie* 1986: 51.

132 *Jamieson* 1998: 493. *Jamieson* bezieht sich hier auf den Text von *Steinert* (1996) *„Schwache Patriarchen – Gewalttätige Krieger…"*. Vgl. für eine ähnliche Richtung, die sich mit der Ausschließungs- und Verteidigungsfunktion des Strafrechts befasst *Cremer-Schäfer* 1995; *Funk* 1995; *Sack* 1993; *Scheerer* 1995; *Stehr* 1994.

133 „Die Institution [‚Verbrechen und Strafe'] organisiert über den Vollzug der Strafe recht unmittelbar soziale Ausschließung, sie trägt als ‚internalisierende soziale Ausschließung' auch dazu bei, eine Paria-Population zu erzeugen und einen Paria-Sektor (‚Schattenökonomie', Märkte für nicht respektable, aber nachgefragte Dienste) in der Gesellschaft zu erhalten. Als externalisierende soziale Ausschließung legitimiert sie über ihre Verfahren, besonders aber mit der Kategorie des ‚Verbrechens' und dem Wissen über Kriminelle, andere Formen der Ausschließung aus den Basis-

gleich zwischen *‚criminal'* und *‚enemy'* in der Kriegspropaganda und in den Parolen von *law-and-order*. Die Hauptmerkmale sind teilweise auch in den gegenwärtigen Ausdrücken eines ‚Gefährdungsrechts' zu sehen: Adressaten des Strafrechts werden „entsubjektiviert" und Unschuldige werden vor ihnen geschützt, während die befürchteten Figuren nicht unbedingt gesehen zu werden brauchen.[134] Wenn Adressaten nicht länger als ‚Verbrecher', sondern als von Natur aus gefährliche ‚Feinde' beschrieben werden, verschwindet das Subjekt als menschliches Subjekt und als Rechtssubjekt, ebenso wie wenn Subjekte zu Risikokategorien werden: Es gibt keine Subjekte mehr. Nur die Opfer behalten ihre verletzliche Subjektivität.

> *"Law-and-order talk like war propaganda uses the patriarchal motive of 'protection of innocent children and women'. The ‚enemy' as well as the ‚criminal' are constructed as a threat to masculinity via children and women. The word 'innocent' that is routinely used in this context, is quite an interesting indicator because it implies we would see things differently had these victims not been 'innocent', had they been 'guilty'. This, incidentally, is exactly the use to which this term was put in Antisemitism and by the Nazis: they were made 'guilty' and 'deserving' the treatment they got."*[135]

Die Betonung der ‚Unschuldigkeit' und damit der Opferperspektive taucht in mehreren Arbeiten die, wie *Steinert* kritisiert, die Trennung zwischen ‚ihnen' und ‚uns' in den kriminalpolitischen Diskursen hervorheben.[136] Die unschuldige Gesellschaft müsse vor ‚ihnen' geschützt werden, d.h., sie gehören nicht zu ihr – sie seien selbstverständlich schuldig. Diese Trennung wird explizit in den Diskussionen, in denen die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung beraten werden, d.h. in den Diskussionen und Urteilen, in denen die Dispositive des ‚Gefährdungsrechts' konstruiert werden. Dies führt zum nächsten von *Steinert* erwähnten Merkmal von Kriegspropaganda und *law and order* Parolen:

> *"There is one element in war propaganda that has long been absent from the 'crime'-discourse: paranoia. War propaganda cannot be proved wrong: if the enemy cannot be*

Institutionen kapitalistischer Gesellschaften: aus dem Arbeitsmarkt, von der Staatsbürgerschaft, aus der wohlfahrtstaatlichen Umverteilung von Ressourcen, um nur die wichtigsten zu nennen. Wenn einer Gruppe Zugehörigkeit und Partizipation verweigert oder entzogen werden soll, ist eine Zeremonie der ‚moralischen Degradierung', die sie als ‚potentielle Kriminelle' oder ‚gefährliche Personen' kennzeichnet, eine der wirkungsvollsten Voraussetzungen. Armut, Arbeitslosigkeit, Rechtlosigkeit erscheinen damit als ‚verdient'." (*Cremer-Schäfer/Steinert* 2000: 61).

[134] *Steinert* 1998: 418.

[135] *Steinert* 1998: 418.

[136] Diese Trennung wird von *Garland* ausführlich dokumentiert (1996, 2001, 2003). Kritisch dazu *Beckett* 1997.

> *seen that is just proof of how cunning they are. If a particular exemplar turns out to be fair and nice, he or she is an exception or is undermining our defences. War propaganda also knows of 'covert actions', 'subversives' and 'useful idiots' and wants us to be distrustful of everyone: evil is everywhere. To the author, it is just a little bit disquieting that very similar expressions of such thinking pop up again and again in law-and-order talk."* [137]

Kriegspropaganda und *law-and-order*-Parolen treffen sich in dieser Taktik, über die Bekämpfung und Verfolgung des ‚Feindes' zu sprechen, ohne dass diese ‚Feinde' als solche gesehen oder von der Allgemeinheit überhaupt wahrgenommen werden können. Die ‚Organisierte Kriminalität' könnte teilweise als ein solcher ‚Feind' gesehen werden, da selbst das Bundesverfassungsgericht zugibt, dass es nicht klar ist, was überhaupt die ‚Organisierte Kriminalität' ist; dennoch wird sie – sogar mittels einer Verfassungsänderung – stark bekämpft.[138]

Schließlich soll hier auch die Arbeit von *Jock Young* erwähnt werden. Die Sequenz Krieg – Verbrechen hat er analysiert und erweitert, indem er Exklusion und Gewalt als unlösbare Phänomene analysiert und ferner eine Korrelanz zwischen Gewalt, Krieg und Verbrechen findet. *Young* behauptet: "There are close similarities between violence associated with 'common' criminality and the violence of war and terrorism."[139] Die Spätmoderne verursache ökonomische und ontologische Unsicherheit, eine Zäsur zwischen individuellen und sozialen Narrativen sowie eine exkludierende Tendenz gegenüber dem Abweichler.[140] Die Reaktionen auf Krieg, Terrorismus und Verbrechen sind daher zentrale Punkte in der Arbeit *Youngs*, der sich mit der Konstruktion von feindlichen Figuren innerhalb der Gesellschaft befasst:

> *"It is important to note how such a process of othering, of mutual dehumanization, promotes and facilitates violence. This mobilization of aggression involves the two components of a feeling of economic injustice (relative deprivation of some sort) and feelings of ontological insecurity. Thus, in order to create a 'good enemy' we must be able to convince ourselves that: (1) they are the cause of a large part of our problems; (2) they are intrinsically different from us –inherently evil, intrinsically wicked, etc."*[141]

Wenn das Kriegsparadigma sich mit dem des Risikos zusammensetzt – wie es im Fall des ‚Gefährdungsrechts' der Fall ist –, verliert die Auslegung der „inhärenten" Bosheit oder der „natürlichen" Differenz zwischen „ihnen" und „uns" an Bedeutung. ‚Gefährder' werden nicht als *von Natur aus anders* betrachtet. Sie

137 *Steinert* 1998: 418.
138 Ausführlich über diese Frage in Kapitel 4.
139 *Young* 2003: 390.
140 *Young* 2003: 390.
141 *Young* 2003: 400.

werden durch Risikokalkülen, Diagnosen und Prognosen wie „Fremde" konstruiert. Das „othering" lässt an einen Prozess denken, bei dem jemand „fremd" gemacht wird: Er oder sie *gehörte* zu uns, wird aber durch einen bestimmten Prozess *fremd* bzw. *other* gemacht – er oder sie werden *entfremdet*. *Young* zählt auch die „dehumanization" zu den ersten Merkmalen dieses Kriegparadigmas, nach dem ‚Feinde' als die natürliche Ursache der eigenen Schwierigkeiten gesehen bzw. zur natürlichen Ursache unserer eigenen Schwierigkeiten gemacht werden. Die Verantwortung für diese Schwierigkeiten wird ihnen zugewiesen, sodass sie zu selbstverständlichen Zielen der eigenen Gewalt – wegen Unsicherheit und Frust ausgelöst – werden. Vom ‚Gefährdungsrecht' wird allerdings nicht nur die Verantwortung für gegenwärtige Schwierigkeiten, sondern auch die Verantwortung für eventuelle mögliche Schäden zugewiesen, was eine Erweiterung des Anwendungsbereichs dieser Kriegslogik bedeutet – gerade wegen ihrer Zusammensetzung mit der Risikologik, die ‚Feinde' diffuser und bedrohlicher aussehen lässt.

> *"This process of resentment and dehumanization allows us to separate them off from the rest of humanity (us) but it also permits us to harden ourselves to deal with the special instance of a threat. We can act* temporarily *outside of our human instincts because we are dealing with those who are acting inhumanely. This technique of neutralization permits the transgression of our general prohibitions against violence."*[142]

Die Genehmigung, gewalttätig und unmenschlich gegenüber als unmenschlich betrachteter Wesen zu handeln, scheint das Hauptmerkmal dieser theoretischen Zusammensetzung von Kriegs- und Verbrechensformen zu sein.[143] Nicht alle seien als gleichwertige Rechtssubjekte anerkannt. Wenn einem mutmaßlichen Drogendealer unter Zwang Brechmittel verabreicht oder die Entführung von mutmaßlichen Terroristen in andere Länder – zum Zweck eines Verhörs – akzeptiert wird,[144] werden jene Drogendealer und jene mut-

142 *Young* 2003: 400 [Hervorgehoben im Original].

143 Diese Aberkennung von Rechten sei eine Anwort auf die Angst. Diese Antwort sei von den westlichen Demokratien nur „in war-time" toleriert worden (*Hudson* 2001: 158).

144 Zu den *polizeilichen Brechmitteleinsätzen* siehe *Pollähne/Kemper* 2007. Die Autoren kritisieren diese Praktiken sowie das Urteil vom Bundesverfassungsgericht (Urteil vom 15.9.1999, 2 BvR 2360/95), bei dem das Bundesverfassungsgericht aus formellen Gründen die Anklage eines Betroffenen abgelehnt hat. Hier wird auch das Urteil vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte dargelegt (Urteil vom 11.07.2006 – Az. 54810/00), das diese polizeiliche Maßnahmen als „unmenschliche und erniedrigende Behandlung" erklärt hat. Siehe auch kritisch zur Haltung des Bundesverfassungsgerichts *Gaede* 2006. Zu der Verschleppung von mutmaßlichen Terroristen siehe *supra* FN 4 und FN 5 und Haupttext.

maßliche Terroristen als Rechtssubjekte nicht anerkannt, werden sie durch Gewalt, auch durch rechtliche unmittelbare Gewalt, angegriffen.

Im Folgenden wird die strafrechtliche Variante der Feindbildung dargestellt, welche die enge Beziehung zwischen den Figuren ‚Feind' und ‚Verbrecher' hervorhebt und zugleich beide Figuren strafrechtstheoretisch voneinander differenziert. Dieses ‚Feindstrafrecht' zeigt eine mögliche rechtstheoretische Auslegung des Kriegsparadigmas im kriminalpolitischen bzw. strafrechtlichen Bereich.

1.2.1.2. Das Feindstrafrecht

Günther Jakobs analysiert mit seinem Konzept des Feindstrafrechts die Entstehung[145] und die Notwendigkeit[146] eines Strafrechts, das zu den staatlichen, ökonomischen und sozialen Transformationen der letzten drei Jahrzehnte besser passe als das „traditionelle" liberale Strafrecht, das *Jakobs* „Bürgerstrafrecht" nennt.[147] Das „Feindstrafrecht" habe andere Empfänger, andere Ziele und hauptsächlich andere Funktionen innerhalb der Gesellschaft. Wichtig ist aber, dass dieses neue Strafrecht nach *Jakobs* nicht Ersatz, sondern Ergänzung und sogar Retter[148] des freiheitlichen Rechts und Rechtsstaats ist, obwohl seine Regeln unbestreitbare Gegenpole der – idealen – liberalen Konzeption des Rechtsstaates darstellten.[149] Es ist deshalb nicht überraschend, dass sich Kritiken und Kommentaren gegen dieses Konzept gerichtet haben.[150]

[145] Das Konzept „Feindstrafrecht" wird zunächst von *Jakobs* (1985) präsentiert und kritisiert. Im Jahr 1999 kritisiert *Jakobs* (2000) die Idee des „Feindstrafrechts" nicht mehr. Er stellt vielmehr seine Notwendigkeit fest.

[146] Vgl. *Jakobs* 2000.

[147] Für die Vorstellung und grundlegende Begründung dieser Spaltung siehe *Jakobs* 2004.

[148] Vgl. *Jakobs* 2005.

[149] Vgl. *Jakobs* 2006.

[150] Die ersten Gegenstimmen sind gleich mündlich nach dem von Jakobs präsentierten Vortrag entstanden. Sie wurden im selben Tagungsband dokumentiert (Vgl. für alle *Eser* 2000; *Schulz* 2000). Unter den bedeutendsten Veröffentlichungen rechnen sich neben den schon erwähnten auch *Schünemann* 2001; *Cancio Meliá* 2003; *Aponte* 2004, 2006; *Prantl* 2004; *Prittwitz* 2004. Eine besondere Erwähnung gewinnt die Veröffentlichung vom Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat* (*Uwer* 2006), die im Anschluss an die auf dem 29. Strafverteidigertag in Aachen 2005 geführte Diskussion mit *Jakobs* erschienen ist, und die in spanischer Sprache erschienene zweibändige Arbeit *Derecho Penal del Enemigo*, die mit siebzig Aufsätzen eine Art Enzyklopädie über das Feindstrafrecht bildet (*Cancio Meliá/Gómez Jara* 2006). Einen kritischen Essay bietet *Zaffaroni*, *El enemigo en el Derecho Penal*, über die historische und rechtsphilosophische Entwicklung der Figur des Fein-

Jakobs geht davon aus, dass, wenn ein Individuum keine kognitive Sicherheit bezüglich seines Verhalten in der Gesellschaft bietet, es die sozialen und rechtlichen Forderungen nicht erfüllt, um als Person behandelt werden zu können.[151] Da das Recht die Aufgabe der Sicherstellung eines bestimmten Norm- und Kommunikationssystems hat, können die Adressaten oder Ansprechpartner dieses Rechts nur diejenigen sein, die als Teil und Mitglieder dieses Systems handeln.[152] Diejenigen, die diese Mindestgarantie nicht bieten, stellen eine Bedrohung sowohl für das Normsystem, als auch für die allgemeine Sicherheit der Gesellschaft dar.[153] Sie sind keine Bürger mehr. Sie sind Feinde, die nur durch ein entsprechendes Feindstrafrecht zu bekämpfen sind. Die Merkmale dieses Bekämpfungsrechts[154] sind: *a.* die Vorverlagerung der

des im Strafsystem und im Strafrecht. Er plädiert aus einer sehr überzeugenden Perspektive für die Erhaltung der aufgeklärten Prinzipien des Rechtsstaates (*Zaffaroni* 2006). Siehe dazu auch *Heinrich* 2009, der die beschreibende Analyse von *Jakobs* „durchaus zutreffend" findet (S. 112) und dennoch eine ausführliche Kritik des Konzepts anbietet; siehe insbesondere die aktualisierte kritische Literatur, die der Autor auf S. 101, FN 37, sammelt, sowie die der Autoren, die die Tatsachenbeschreibung von *Jakobs* positiv hervorheben, S. 101, FN 38). Unter den neuesten Arbeiten ist die Dissertation von *Morguet* (2009) zu erwähnen, die sich ausdrücklich gegen die Konzeption des Feindstrafrechts äußert und sie als verfassungswidrig versteht (S. 278 ff.), aber dagegen die von *Jakobs* benannten „Normmerkmale" (Vorverlagerung, Erhöhung der Strafen etc.) als verfassungskonform sieht (S. 281). Dieses Strafrecht ordnet sie vielmehr unter die Kategorie des Risikostrafrechts ein (S. 281 f.).

151 Vgl. *Jakobs* 2004: 90 ff.; schon früher im rechtstheoretischen Text *Gesellschaft, Norm und Person* (vgl. *Jakobs* 1997).

152 Diese Einstellung ist nur vor dem rechtssoziologischen Hintergrund von *Jakobs* nachzuvollziehen. Bekanntlich folgt er der Systemtheorie nach Luhmann. Eine Phrase von ihm kann hier als Erklärung der *idealen* Vorannahmen des ‚Feindstrafrechts' von Jakobs gelten: „Es versteht sich von selbst, daß die soziale Relevanz des Rechts nicht bestritten werden kann, aber dessen integrative Funktion kann sehr wohl bezweifelt werden. Darauf ist vor allem in der critical legal studies-Bewegung und von anderen, durch Marx inspirierten Kritikern immer wieder hingewiesen worden. Wir entgehen dieser Kontroverse durch Verlagerung des Problems in die Zeitdimension und sehen die soziale Bedeutung des Rechts darin, daß es soziale Konsequenzen hat, wenn Erwartungen zeitstabil gesichert werden können." (*Luhmann* 1997: 126). Die Folgen dieses „Entgehens" des Problems des Rechtes, nämlich ob das Recht überhaupt eine integrative soziale Funktion hat oder nicht, lassen sich deutlich in der exkludierenden Strafrechtslogik *Jakobs*'erkennen.

153 *Jakobs* 2000: 51.

154 Für eine Unterscheidung zwischen ‚Diritto penale del nemico" („Feindstrafrecht") und „Diritto penale di lotta" („Bekämpfungsrecht") siehe *Donini* 2007. Das Feindstrafrecht sei ein illegitimes Recht: „un'espressione giuridicamente illegittima: violenza, non diritto o diritto illegittimo" [„ein rechtlich illegitimer Ausdruck: Gewalt, nicht Recht oder illegitimes Recht"] (*Donini* 2007: 131, 142 ff.). Das Bekämpfungsrecht (Bekämp-

Strafbarkeit – die Wendung des Blicks von der vollzogenen auf eine zu erwartende Tat – und deshalb die typischen Charakteristika eines gefährlichkeits- und täter-, statt eines tatorientierten Strafrechts; *b.* keine der Vorverlagerung entsprechende proportionale Verringerung der Strafe; *c.* der schon erwähnte Übergang von der Strafrechtsgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung; *d.* der Abbau prozessualer Garantien.[155] Das ‚Gefährdungsrecht' äußert sich auch in diesen Formen. Sie verflechten sich allerdings mit Formen des Risikomanagements und verleihen dem Strafrechtdiskurs – in seiner Auslegung als ‚Gefährdungsrecht' – eine stärkere Interventionswirkung.

Die Feinde sind nach *Jakobs* in der deutschen *Bekämpfungs*gesetzgebung zu erkennen,

> *„etwa bei der Wirtschaftskriminalität, beim Terrorismus, bei der organisierten Kriminalität, bei ‚Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten', sowie überhaupt bei ‚Verbrechen', wobei jeweils Individuen bekämpft werden sollen, die sich in ihrer Haltung (etwa bei Sexualdelikten) oder in ihrem Erwerbsleben (etwa bei Wirtschaftskriminalität, Rauschgiftkriminalität, sonst organisierter Kriminalität) oder durch Einbindung in eine Organisation (beim Terrorismus, bei organisierter Kriminalität, schon bei der Verbrechensverabredung, § 30 StGB) vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben, also die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die für die Behandlung als Person erforderlich ist."* [156]

Weil diese Feinde als „aktuell[e] Unpersonen"[157] konstruiert werden, soll dieses Feindstrafrecht als Komplement des Bürgerstrafrechts eine ganz andere Funktion haben: „Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht […] bekämpft Gefahren".[158] Diese Unterscheidung scheint die bereits erwähnte Differenzierung zwischen einem Strafrecht, das für die Ordnung zuständig ist, und einem, das Sicherheit schaffen soll, widerspiegeln. Das Feindstrafrecht

---

fung der Organisierten Kriminalität, Bekämpfung des Terrorismus etc.) sei heute dagegen eine Tatsache und ein normatives Konzept: „rappresenta oggi una realtà e un concetto normativi ufficiali dell'Unione Europea" [„stellt heute eine Realität dar und ist ein normatives Konzept der Europäischen Union"] (*Donini* 2007: 131, 132 ff.).

155 Vgl. *Jakobs* 2000: 51 ff.

156 *Jakobs* 2004: 92. Hier und in weiteren Fällen erwähnt Jakobs folgende Gesetze: *Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7.1976*, BGBI. I S. 2034; *Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15.5.1986*, BGBI. I S.721; Art 1. des *Gesetzes zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19.12.1986*, BGBI. I S. 2566; *Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15.7.1999*, BGBI. S.1302; *Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998*, BGBI. I S. 160; *Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994*, BGBI. I S. 3186.

157 *Jakobs* 2000: 53.

158 *Jakobs* 2004: 90.

ist dann etwas ganz anderes als das Bürgerstrafrecht, das immer noch eine normative Funktion gegenüber den Bürgern hat. Feindstrafrecht ist die „Ergänzung des Strafrechts durch ein Feindbekämpfungsrecht“[159] und deshalb Krieg: „Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg.“[160] Das Feindstrafrecht scheint immer wieder in Zeiten zu entstehen, in denen unzählige Risiken, Gefahren und Unsicherheiten empfunden und konstruiert werden und eine Art Notstand entsteht, der nach Sicherheitsmaßnahmen und Sicherheitsdiskursen verlangt.[161] Ähnlich behauptet auch *Depenheuer*, wenn er über die ungenügenden Mechanismen des Rechtsstaates gegen den terroristischen ‚Feind‘ spricht und die Erwägung von flexibleren Formen vorschlägt; die Gemeinschaft entscheide, inwieweit diese Subjekte als ‚Feinde‘ oder als ‚Bürger‘ betrachtet werden sollen.[162] Diese Entscheidung ist aber sehr problematisch. Zum einen wird „alles andere als klar bestimmt […], wer und ab wann jemand als Feind gilt und damit das Maß seines Ausschlusses erreicht. Zum anderen wird auch nicht annähernd deutlich, auf welche Weise der Ausschluss erfolgt und was als Ausschluss überhaupt anzusehen ist.“[163]

Was für *Jakobs* 1985 als „ausnahmsweise geltendes Notstandsstrafrecht“ legitimierbar, aber immer noch bedenklich war,[164] gilt heute für ihn als etablierte Ausnahmesituation, die im Allgemeinen reguliert werden soll. Die „ausnahmeartige“ Form des Feindstrafrechts von *Jakobs* wird auch im ‚Gefährdungsrecht‘ zu beobachten sein. Diese Logik, die an die Ausnahmetheorien von *Carl Schmitt* und *Giorgio Agamben* erinnert, zeigt sich im Diskurs implizit und explizit, wenn die akustische Wohnraumüberwachung und die nachträgliche Sicherungsverwahrung als Dispositive des Rechtsdiskurses und dennoch als Ausnahmen im Recht vom Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht dargestellt werden.

Es ist klar, sagt *Jakobs*, dass „solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf […] Dieser Krieg erfolgt mit einem legitimen Recht der Bürger und zwar mit ihrem Recht auf Sicherheit; er ist aber, anders als Strafe, nicht auch Recht am Bestraften, vielmehr ist der Feind exkludiert.“[165] Nach

[159] *Jakobs* 2000: 53 f.
[160] *Jakobs* 2004: 90.
[161] Über Präzedenzfälle im Feindstrafrecht siehe *Scheerer/Böhm/Víquez* 2006.
[162] Siehe *Depenheuer* 2007: 66 f.
[163] *Arnold* 2006: 307.
[164] *Jakobs* 1985: 784.
[165] *Jakobs* 2004: 95.

diesem Ansatz geht es um „die *Bedingungen* von Rechtlichkeit und damit – wenn die Bedingungen fehlen – zugleich um die *Grenzen* dieser Rechtlichkeit. Die *postulierte* Welt des Korrekten mag solche Grenzen nicht kennen; die wirkliche Welt kennt sie".[166] Außerhalb dieser Grenzen liegen gerade der Notstand und die Ausnahme, auf die oft bei den Beratungen im Parlament hingewiesen wird. Die Exklusion als Funktionsweise des Feindstrafrechts[167] operationalisiert auf diese Weise das Recht auf Sicherheit:[168] „Das Feindstrafrecht optimiert Rechtsgüterschutz, das bürgerliche Strafrecht optimiert Freiheitssphären".[169] Feindstrafrecht bezweckt Sicherheit genau wie das ‚Gefährdungsrecht', das allerdings Sicherheit nicht nur zum Ziel, sondern zur Prämisse und zum Erklärungsmuster macht – auch zur Entscheidung dafür, welche Faktoren riskant für die zukünftige Sicherheit sind und nicht nur, welche Subjekte der gegenwärtigen Sicherheit im Weg stehen.

Das Konzept des Feindstrafrechts wird von Rechtstheoretikern und Praktikern ausdrücklich abgelehnt. Auf der deskriptiven Ebene zeigt die Analyse von *Jakobs* eine Realität.[170] Vorverlagerung der Strafbarkeit, Abbau von Garantien, Entrechtlichung der Betroffenen sind Äußerungsformen eines ‚Gefährdungsrechts', das dennoch nicht nur in der Bekämpfung der ‚Feinden' bleibt. Im ‚Gefährdungsrecht' kommt auch die Risikologik zum Ausdruck und gerade darin liegt die grundsätzliche Abgrenzung zwischen Feindstrafrecht – *nur* Bekämpfungslogik – und Gefährdungsrecht – Bekämpfungs- *und* Risikologik –. Während die ‚Feinde' von Jakobs etwas gemacht haben sollen, um als *kommunikationsunfähig* und folglich als eine Bedrohung gesehen zu werden, sind die Adressaten des ‚Gefährdungsrechts' durch Kalkülen des Risikomanagements als Bedrohung eingestuft (Prognosen, durch Risikoindikatoren, etc.), ohne unbedingt etwas unrechtliches gemacht zu haben.

---

[166] *Jakobs* 2006: 289. Grundlegend und kritisch über ein funktionierendes „wirkliches" Feindstrafrechts in Kolumbien (*Aponte* 2004).

[167] *Scheerer/Böhm/Víquez* 2006. Diese Exklusion agiert selbstverständlich selektiv. Siehe in diesem Sinne auch *Aponte* 2006: 302, der von einer „gigantische[n] *Selektivitätsmaschine*" spricht.

[168] *Jakobs* 2004: 90.

[169] *Jakobs* 1985: 756.

[170] Ähnlich auch *Sack* 2007.

1.2.2. Risikomanagement

Eine zweite Variante in den Diskursen der Kriminalpolitik spricht nicht von ‚Feinden', sondern von ‚Risiken'. ‚Verbrecher' werden zum ‚Risiko' und zur formlosen ‚Gefahr' gemacht. ‚Risiken' und ‚Gefahren' sollen allerdings begrifflich voneinander abgegrenzt werden, da sie vom Konzept her einer unterschiedlichen Rationalität folgen und unterschiedliche Folgen in ihrer kriminalpolitischen und strafrechtlichen Operationalisierung tragen. Risikokategorien sind im Bereich der Kriminalpolitik und des Strafrechts relativ neu.[171] Der Begriff *Risikogesellschaft*, auf den teilweise die Überlegungen von *Garland* basieren,[172] wurde 1986 vom *Ulrich Beck* geprägt.[173] Seit der Erscheinung seiner Studie haben sich die Auslegungen des Konzepts und die Anwendungen seiner Prämissen auf andere Disziplinen ausgedehnt. Strafrecht und Kriminalpolitik sind in dieser Hinsicht keine Ausnahme.[174] Im Folgenden werden als Ausgangspunkt das Konzept der Risikogesellschaft und die verschiedenen Risikoverständnisse sowie die jeweiligen Abgrenzungen vom Begriff der ‚Gefahr' aus soziologischer und kriminologischer Perspektive dargestellt, um schließlich die Bedeutung dieser Ansätze für den gegenwärtigen Strafrechtsdiskurs und seine Figuren zu skizzieren.

1.2.2.1. Risikogesellschaft

Das Paradigma der Risikogesellschaft kann anhand einer Frage untersucht werden, die bereits als Herausforderung und mögliche Aufgabe für das Strafrecht gelesen werden kann:

> *„Wie können die im fortgeschrittenen Modernisierungsprozeß systematisch mitproduzierten Risiken und Gefährdungen verhindert, verharmlost, dramatisiert, kanalisiert und dort, wo sie nun einmal in Gestalt »latenter Nebenwirkungen« das Licht der Welt erblickt haben, so eingegrenzt und wegverteilt werden, daß sie weder den Moderni-*

[171] Siehe grundlegend über Risiko und Strafrecht *Prittwitz* 1993.

[172] Vgl. *Garland* 2003.

[173] Siehe *Beck* 1986.

[174] Paradigmatisch hier die Habilitationsschrift von *Prittwitz* (1993), in der die Abgrenzungsmöglichkeiten des Strafrechts im Bereich von Gefährdungs- und Risikodelikten grundlegend erforscht wird; schon früher und zeitlich – und inhaltlich – nah an der Erscheinung der Arbeit von *Beck*, *Wolf* (1987). Der Autor stellt im Text ein „Risikorecht" dar, das grundsätzlich mit dem Bereich des Umweltrechts verbunden ist. Zu Gesellschaft und Recht in der Risikoperspektive – „Risikogesellschaft" – siehe auch *Di Fabio* 1994: 53 ff.

> *sierungsprozeß behindern noch die Grenzen des (ökologisch, medizinisch, psychologisch, sozial) »Zumutbaren« überschreiten?"*[175]

Anhand dieser Frage können die wichtigsten Elemente der Risikogesellschaft von *Beck* identifiziert werden: Die Risikogesellschaft sei eine Folge oder Fortentwicklung des Modernisierungsprozesses und die von ihr in der „fortgeschrittensten Stufe der Produktivkraftentwicklung"[176] erzeugten Risiken sind systembedingt, oft irreversibel, meist unsichtbar und basieren auf kausalen Interpretationen, d.h., sie sind wissensabhängig[177] und so „im besonderen Maße offen für soziale Definitionsprozesse".[178] ‚Risiken' werden erst zu ‚Risiken', wenn sie sozial anerkannt und zivilisatorisch zugewiesen werden.[179] Aus diesem Grund werden Verfahren, Bedingungen und Erkenntnisse, die bislang als unpolitisch galten, politisch;[180] im Definitionsstreit geht es also nicht um die Folgeprobleme, die Atomkraftwerke oder Waldsterben für Natur und Mensch verursachen, „sondern um die *sozialen, wirtschaftlichen und politischen Nebenfolgen dieser Nebenfolgen* […] das *politische Potential von Katastrophen*. Deren Abwehr und Handhabung kann eine *Reorganisation von Macht und Zuständigkeit* einschließen".[181] Diese Erkenntnis betrifft selbstverständlich auch das Strafrecht und den Strafprozess. In den gegenwärtigen Varianten des Strafrechtsdiskurses wie das ‚Gefährdungsrecht' findet der soziale Definitionsstreit über Risiken nicht lediglich in einem politischen Raum statt, d.h. wird nicht nur politisiert, sondern auch *securitisier*t.[182] Wie bei der Bildung von ‚Feinden', ist auch die Bildung von ‚Risiken' ein sozialer Prozess, der unmittelbare Interventionsmöglichkeiten konstituiert.

Aus strafrechtlicher Perspektive sind hier zwei Aspekte der Analyse von *Beck* hervorzuheben: erstens die relativ unbesorgte Art und Weise, in der er von ‚Risiken', ‚Gefahren' und ‚Gefährdungen' als austauschbare Konzepte schreibt. Es wäre wünschenswert gewesen, dass er diese zentralen Begriffe seiner Arbeit genauer definiert und voneinander abgegrenzt hätte.[183] Zweitens besteht das Problem in der *zeitlichen Natur* der Risiken, die eine schwierige

[175] *Beck* 1986: 26.
[176] *Beck* 1986: 29.
[177] Über die Wissensabhängigkeit von Modernisierungsrisiken siehe *Beck* 1986: 35 ff. („Existenz und Verteilung von Gefährdungen und Risiken *prinzipiell argumentativ vermittelt.*", S. 35).
[178] *Beck* 1986: 30; über die Vielfalt der möglichen Risikodefinitionen siehe *ib.*, S. 40 ff.
[179] Vgl. *Beck* 1986: 31.
[180] Vgl. *Beck* 1986: 30.
[181] *Beck* 1986: 30 [kursiv im Original].
[182] Siehe *supra* FN 130.
[183] Auch kritisch dazu *Prittwitz* 1993: 55 f. Grundlegend dazu *Evers* 1989 und *Evers/Nowotny* 1987.

Frage für ihre strafrechtliche Betrachtung bedeuten kann, weil Risiken aus der zeitlichen Perspektive „zugleich *wirklich und unwirklich*"[184] und aktuell und zukünftig sind:

> *„Einerseits sind viele Gefährdungen und Zerstörungen bereits real: verschmutzte und sterbende Gewässer, Zerstörung des Waldes, neuartige Krankheiten etc. Auf der anderen Seite liegt die eigentliche soziale Wucht des Risikoargumentes in projizierten Gefährdungen der Zukunft. Es sind in diesem Sinne Risiken, die dort, wo sie eintreten, Zerstörungen von einem Ausmaß bedeuten, daß Handeln im nachhinein praktisch unmöglich wird, die also bereits als Vermutung, als Zukunftsgefährdung, als Prognose im präventiven Umkehrschluß Handlungsrelevanz besitzen und entfalten. Das Zentrum des Risikobewußtseins liegt nicht in der Gegenwart, sondern in der Zukunft. In der Risikogesellschaft verliert die Vergangenheit die Determinationskraft für die Gegenwart. An ihre Stelle tritt die Zukunft, damit aber etwas Nichtexistentes, Konstruiertes, Fiktives als »Ursache« gegenwärtigen Erlebens und Handelns."*[185]

Die Schäden, die Konkretisierungen der ‚Risiken' sind, können eventuell in der Zukunft eintreten. Ihre Ursachen finden aber in der Gegenwart statt. Überall, „wo der Ursachen suchende Scheinwerfer hinfällt",[186] werden gegenwärtige Handlungen zu Ursachen von zukünftigen Schäden, d.h. zu ‚Risiken'; diese Ursachen sind aber unmittelbar – und kausalistisch gesehen – weder unmittelbar noch unbedingt schädlich, was mit der Problematik der Zurechnung und des Rechtsguts im Strafrecht verbunden ist. Diese Ursachen sind etwas eigentlich Nichtexistentes und Konstruiertes, was wiederum ein Problem für die Handlung und ihrer Kausalität im strafrechtlichen Sinne und selbstverständlich auch für das Bild des ‚Verbrechers' impliziert, dem diese nichtexistenten Schadensursachen zugeschrieben werden.

Der Aspekt der Kalkulierbarkeit der ‚Risiken' wird nicht von *Beck*, der die unsichtbare und irreversible Unbeherrschbarkeit der ‚Risiken' betont, sondern ausführlich von *Evers* und *Nowotny* entfaltet.[187] Sie gehen in ihrer Studie von der Differenzierung zwischen ‚Risiko' und ‚Gefahr' aus und stellen sich kritisch zur Idee der Risikogesellschaft.[188] Für *Evers* und *Nowotny* werden unberechenbare ‚Gefahren' zu berechenbaren ‚Risiken' gemacht. Dies sei eine bestimmte Form des „Umgangs mit Unsicherheit"[189] und zugleich der Weg zur Risikogesellschaft, die entstand, als sich „im Kontext der Entdeckung von

---

184 *Beck* 1986: 44.
185 *Beck* 1986: 44.
186 *Beck* 1986: 42.
187 *Evers/Nowotny* 1987.
188 Vgl. dazu auch *Prittwitz* 1993: 62 ff.
189 So sogar der Titel ihrer Arbeit: „*Über den Umgang mit Unsicherheit – Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*" (*Evers/Nowotny* 1987).

Gestaltbarkeit, Machbarkeit und Gemachtheit" in der Gesellschaft „Handlungszwänge und –möglichkeiten auf individueller wie kollektiver Ebene vervielfacht haben und mit ihnen auch der Bereich instrumenteller Verfahren, Institutionen und Methoden der Berechnung, Zurechnung und Abgeltung von Gefahren. Das vermehrt Risiken und schafft in diesem Sinne ‚Risikogesellschaft'."[190] Gerade diese Berechnung, Zurechnung und Abgeltung von ‚Gefahren' würden durch das Strafrecht – durch das ‚Risikostrafrecht' – kanalisiert. Im nächsten Abschnitt werden eine nähere Erläuterung des Risikokonzepts und der Zusammenhang mit kriminologischen und strafrechtlichen Überlegungen dargestellt.

1.2.2.2. ‚Risiko' und ‚Gefahr'

Neben dem Risikobegriff von *Beck* können auch andere berücksichtigt werden, die sich für eine kriminologische Untersuchung des Strafrechts und seiner Adressaten in Zeiten der Risikogesellschaft als nützlich erweisen mögen. Mit dem Konzept des Risikos „lässt sich beleuchten, wie Technologien der Kriminalitätskontrolle ihre spezifischen Subjekte konstituieren – und so regierbar machen – quer zu den Entitäten, die wir gewohnt sind als ein Individuum, einen Menschen oder eine Person zu bezeichnen".[191] Das Risikokonzept konstituiert u.a. Subjekte der Kriminalpolitik, die dadurch zu Adressaten des Strafrechts werden. Die Untersuchung über die unterschiedlichen Auslegungen des Risikokonzepts kann daher hervorheben, inwieweit und mit welchen Wirkungen die Figuren des Strafrechtsdiskurses durch ‚Risiken' konstituiert werden.[192]
a) ‚Risiko' ist „*real und objektiv*".[193] Das ‚Risiko' ermöglicht die objektive Kalkulation von Ereignissen. ‚Risiken' werden nach der Wahrscheinlichkeit des Ereignisses in Verbindung mit der Ernsthaftigkeit der Schäden kalkuliert. Diese Perspektive wird in den Bereichen der technischen Risikofestlegungen, der Epidemiologie, der Toxikologie sowie der versicherungsmathematischen Kal-

---

[190] *Evers/Nowotny* 1987: 34.

[191] *Krasmann* 2003: 119/120. Grundlegend zum Risiko als Regierungstechnologie *Ericson/Haggerty* 2001.

[192] Im Folgenden wird grundsätzlich der Klassifizierung von *Zinn* 2008 gefolgt. Andere Klassifizierungen werden u.a. von *Renn* 1992, *Lupton* 1999, und *Sparks* 2001 dargelegt. Eine weitere bedeutende Klassifizierung bietet *Dean* (1998: 32 ff.) an, der aber nicht nach Auslegungen, sondern nach Rationalitätstypen von Risiko unterscheidet. Siehe dazu *infra* FN 233.

[193] *Zinn* 2008: 8 [„real and objective"].

kulationen vertreten.[194] Diese letzte Anwendung wird paradigmatisch im Bereich der sogenannten *actuarial justice* der *Neuen Pönologie* erforscht.[195] Sie eröffnet eine unumgängliche Forschungsrichtung der Kriminalpolitik und des Strafrechts, da das ‚Risiko' in diesem Zusammenhang das notwendige Raster sei, um Gefährlichkeitsgraduierungen zu bestimmen.[196]

b) ‚Risiko' ist „*subjektiv bedingt*".[197] In diesem Fall wird auch die Objektivität der ‚Risiken' angenommen, ihre Wahrnehmung und Bewertung variiert allerdings subjektiv, was auch eine subjektbedingte unterschiedliche Kalkulation bewirkt. Die *Rational-Choice-Theorie* ist ein Ausdruck dieses Risikokonzepts[198] und findet ihre Bindung zur strafrechtlichen Problematik in den kriminologischen Ansätzen mit gleichem Namen.[199]

c) ‚Risiko' ist „*sozial vermittelt*".[200] Die subjektive Wahrnehmung bzw. Erfahrung von wirklichen Gefahren wird nach dieser Auslegung sozial vermittelt, was die gesellschaftliche Rolle in der Risikenselektion betont: "The reality of a danger is prerequisite for persistent debates and activities on risk while their politicalization is culturally determined."[201]

d) ‚Risiko' ist „*sozial transformiert*".[202] Dieser Ansatz geht etwas weiter und betont die soziale Rolle in der Verwandlung – nicht nur Vermittlung – von „objektiven" Gefahren in Risiken. *Mary Douglas*, mit ihrem kulturalistischen Ansatz, ist eine Hauptvertreterin der aus der Anthropologie stammenden Richtung. Die ersten Fragen lagen hier in der Untersuchung von den kulturell konstruierten Trennlinien zwischen „Reinheit und Kontamination" (*purity and contamination*) in Kulturen und Gemeinschaften, in denen die eigene Reinheit beim Kontakt mit den „Anderen" durch Kontamination ge-

---

[194] *Zinn* 2008: 4-5 ("models and scenarios are developed in order to find orientation on how to act rationally regarding an uncertain future even when the knowledge is limited.", S. 5); Ähnlich auch *Renn* 1992: 56 f. Über diese *actuarial*-Richtung als konträr zur kulturalistischen Linie siehe *Sparks* 2001.

[195] Siehe grundlegend dazu *Feeley/Simon* 1992; *Feeley/Simon* 1994.

[196] *Krasmann* bearbeitet in diesem Sinne das ‚Risiko' als Merkmal dieser *new penology*, die „neu" ist, weil sie eine spezifische „Flexibilität" hat. Diese Flexibilität kann in drei bestimmten Facetten bemerkt werden, und zwar, *erstens* in ihrer Projektion, das Kalkül von ‚Risiken' ist projektiv; *zweitens* in der Idee der Situation, das ‚Risiko' ist situativ; *drittens* in der Dispersion, die Aufgabe der *actuarial justice* liegt darin, Niveaus der Gefährlichkeit zu bestimmen. Vgl. *Krasmann* 2003: 241 ff.

[197] *Zinn* 2008: 8 [„subjectively biased"].

[198] *Zinn* 2008: 5-6; grundlegend dazu *Tversky/Kahneman* 1987.

[199] Siehe grundlegend *G. Becker* 1968; *Zimring/Hawkins* 1973; *Cornish/Clarke* 1986.

[200] *Zinn* 2008: 8 [„socially mediated"].

[201] *Zinn* 2008: 6.

[202] *Zinn* 2008: 8 [„socially transformed"].

fährdet wird.[203] Soziale Institutionen spielen eine wichtige Rolle, die in technologisch-wissenschaftlichen Disziplinen nicht berücksichtigt wird: „Between private, subjective perception and public physical science there lies culture, a middle area of shared beliefs and values“.[204] Und dies ermögliche die Unterscheidung zwischen Risiko und Gefahr. *Lianos* und *Douglas* erklären beispielsweise über die gegenwärtigen *deviants*, dass sie seien: „simply 'dangerous', 'suspicious', 'aggressive', 'threatening', 'dodgy'. They do not need to break rules to be excluded. […] What is important is their perceived probability of being dangerous and this can even be associated with completely legal behaviour.“[205] Diese Idee wird sich in der Konstruktion von ‚Gefährder' als äußerst relevant zeigen: Die wahrgenommene Wahrscheinlichkeit der Gefährlichkeit ist unabhängig von der Legalität oder Illegalität einer Handlung. Es wird dementsprechend nicht unbedingt Schuld oder eine unmittelbare Bindung mit einer Tat, sondern lediglich eine eventuelle Schädlichkeit zugewiesen. Auf diese eventuelle Schädlichkeit reagiert das Strafrecht. Diese Tendenz für die Wahrnehmung und Analyse der Welt durch Bedrohungskategorien, die nicht auf die Existenz von Gefahren,[206] sondern auf die Dechiffrierung von Irregularitäten, die in der Zukunft hypothetisch Schäden verursachen könnten,[207] basieren, wird von *Lianos* und *Douglas* „*Dangerization*"[208] genannt. „Dangerization“ kann als Scharnier zwischen Risk- und Gefahrkategorien sowie als Legitimation sozialer Ausschließung durch die Erhebung von Kategorien wie Rasse, Alter, Gender und Armut für die jeweiligen Risikoraster dienen.[209]

e) ‚Risiko' ist „*real und sozial konstruiert*". Nach dieser Perspektive werden ‚Risiken' zugleich als material vorhanden und als sozial konstruiert verstanden.[210] Diese ist die von *Ulrich Beck* dargestellte Auslegung, nach der Atomkraftwerke, Klimawandel, Infektionskrankheiten etc. tatsächliche ‚Risiken' für Mensch und Natur sind, die allerdings erst durch Definitionsprozesse zu Zivilisationsrisiken definiert und damit politisiert werden.[211]

---

203 Vgl. *Douglas* 1966; grundlegend *Douglas* 1992; *Douglas/Wildavsky* 1982; vgl. auch *Tulloch* 2008.

204 *Douglas/Wildavsky* 1982: 193.

205 *Lianos/Douglas* 2000: 263.

206 *Krasmann* (2003: 111) sieht dagegen in der Analyse von *Douglas* eine Perspektive, die auf Gefahren basiert, indem Risiken als die „kulturelle Überformung von Gefahren“ begriffen werden.

207 *Lianos/Douglas* 2000: 261.

208 *Lianos/Douglas* 2000: 267 ff.

209 *Lianos/Douglas* 2000: 272.

210 *Zinn* 2008: 7-8 [„real and socially constructed“ (S.8)]; grundlegend *Beck* 1986.

211 Siehe *supra* FN 178 ff. und Haupttext.

“So, once again, risks are at the same time ‘real’ and constituted by social perception and construction. Their reality springs from ‘impacts’ that are rooted in the ongoing industrial and scientific production and research routines. Knowledge about the risks, in contrast, tied to the history and symbols of one’s culture (the understanding of nature, for example) and the social fabric of knowledge. This is one of the reasons why the same risk is perceived and handled politically so differently throughout Europe and other parts of the world.”[212]

Es wurde bereits ausgeführt, dass *Beck* in seinem Hauptwerk zur Risikogesellschaft keinen Unterschied zwischen ‚Risiko‘ und ‚Gefahr‘ vornimmt. Er räumt allerdings später ein, dass Risiken doch „bestimmbare, kalkulierbare Unsicherheiten“[213] sind.

f) ‚Risiko‘ ist „*sozial konstruiert*“, bedeutet, dass ‚Risiken‘ nicht sozial vermittelt oder transformiert, sondern dass sie ohne eine unmittelbare Verbindung zu der materiellen Welt sozial konstruiert werden. Die Konzeptualisierung der Materie wird von sozialen Prozessen geschaffen und regiert.[214] In diesem Zusammenhang können sowohl die Perspektive der foucaultschen *Gouvernementalität* als auch die *Systemtheorie* erwähnt werden.[215]

Die Perspektive der Gouvernementalität fokussiert auf die sozialen Prozesse, die ‚Risiken‘ formieren. ‚Risiko‘ sei eine spezifische Form, Unsicherheit (*uncertainty*) zu regieren.[216] Es sei eine „Regierungstechnologie“. ‚Risiken’ werden dann nicht als „intrinsically real“ gesehen. “As a particular way in which problems are viewed or ‘imagined’ and dealt with. […] Risk is a statistical and probabilistic technique, whereby large numbers of events are sorted into a distribution, and the distribution in turn is used as a means of making probabilistic predictions.”[217] In den Gouvernementalitätsstudien werden ‚Gefahren‘ von ‚Risiken‘ abgegrenzt.[218] So wird z.B. jene Paradoxie analysiert, die das alte positivistische Paradigma der Gefährlichkeit in der Psychiatrie innehatte (etwa

[212] *Beck* 2000: 219.

[213] *Beck* 1988: 120. Kritisch zu dieser begrifflichen Ungenauigkeit zeigt sich *Prittwitz* 1993: 56 f., der in der Arbeit von *Beck* eine „Gefahrgesellschaft“ und nicht eine „Risikogesellschaft“ sieht.

[214] *Zinn* 2008: 6 ff. [„socially constructed“ (S.8)].

[215] Dagegen *Krasmann* 2003: 108, nach der Risiken unter der Perspektive der Gouvernementalität weder eine realistische noch eine konstruktivistische Lesart zuzuordnen sind.

[216] *Zinn* 2008: 7. In diese Linie auch *Evers/Nowotny* 1987, FN 187 ff. und Haupttext.

[217] Alle Zitate von *O’Malley* 2008: 57. Grundlegend zum Risiko aus der Gouvernementalitätsperspektive: *Donzelot* 1979; *Ewald* 1986; *Ewald* 1991; *Defert* 1991; *Castel* 1983; *Krasmann* 2003: 108 ff.

[218] Und dies bildet einen wichtigen Unterschied zu der Perspektive von Beck. Vgl. *Krasmann* 2003: 111, schon früher kritisch gegenüber Becks Auslegung des Risikos in der Risikogesellschaft *O’Malley* 1999: 143 ff.; *O’Malley* 2000.

die Notwendigkeit einer direkten Intervention *ad post* – technische Rolle –, die die Tat nicht verhindern konnte – administrative Rolle –, auch wenn diese Tat schon von vornherein wegen der gefährlichen Persönlichkeit des Individuums vorsehbar und prognostizierbar hätte sein sollen).[219] Die Einführung des Risikokonzepts ermöglicht eine *dissociation* zwischen diesen beiden *technical* und *managerial* Rollen.

> *“Such a shift becomes possible as soon as the notion of risk is made autonomous from that of danger. A risk does not arise from the presence of particular precise danger embodied in a concrete individual or group. It is the effect of a combination of abstract factors which render more or less probable the occurrence of undesirable modes of behaviour. [...] The presence of some, or of a certain number, of these factors of risk sets off an automatic alert.”*[220]

So, die neuen präventiven Politiken „dekonstruieren das konkrete Subjekt der Intervention und konstruieren ein Kombinatorium aller risikoträchtigen Faktoren“.[221] Diese Vorverlegung bedeutet für die Kriminalpolitik, dass nicht konkret gefährliche Individuen, sondern abstrakt eventuell schädliche Faktoren berücksichtigt werden und strafrechtliche Interventionen rechtfertigen. Wenn sich – wie im Fall der *criminology of the self* – dieser Vorgriff speziell auf die Opfer konzentriert und möglichst viele Situationen, die Kriminalität begünstigen können, zu verhindern versucht, ist die Intervention weniger angreifend, als wenn sich dieser Vorgriff auf diffuse Täter bezieht, die sich dann ohne unmittelbare Bindung zu einer Tat im Strafsystem einbezogen sehen, weil sie *riskante Figuren* sind. „Um sich verdächtig zu machen, ist es nicht mehr vonnöten, Symptome von Gefährlichkeit oder Anomalie an den Tag zu legen, es genügt, einige Besonderheiten aufzuweisen, die von den für die Definition einer Präventionspolitik verantwortlichen Spezialisten zu Risikofaktoren erklärt worden sind.“[222] Für *Krasmann* unterscheidet die gouvernementale Analyse von Rationalitäten und Technologien zwischen ‚Gefahren‘ und ‚Risiken‘ nicht nach ihrer Realität bzw. Irrealität. Bei ‚Gefahren‘ und ‚Risiken‘ handele es sich vielmehr „um unterschiedliche Formen von Abstraktionen“.[223] In ihrer Erläuterung greift Krasmann auf eine luhmannsche Erklärung zurück, indem sie seine Kategorisierung nach der Zuweisung der Entscheidungen annimmt:

---

219 Vgl. *Castel* 1983: 53 ff., 59.

220 *Castel* 1983: 59.

221 *Castel* 1983: 61.

222 *Castel* 1983: 61. Über die Zusammensetzung dieser gouvernementalen Perspektive mit der der *actuarial justice* siehe *O’Malley* 2008: 66; vgl. auch die empirische Studie von *Hannah-Moffat* 1999.

223 *Krasmann* 2003: 112.

> *„Eine Gefahr ist demnach die Vorstellung von unerwünschten Ereignissen, die von außen kommen und unbestimmt sind. Sie liegen außerhalb der Sphäre menschlicher Machbarkeit oder technischer Beeinflussbarkeit und können herein brechen wie ein Gewitter, ein Sturm, ein Vulkanausbruch. Demgegenüber erfordert das Risiko die Entscheidung […] Es impliziert die Möglichkeit der Zuweisung von Verantwortung, weil es auf einem Wissen beruht und auf Techniken verweist, die es vorstellbar und handhabbar machen.“*[224]

‚Risiken' sind berechenbar und ihre Ergebnisse sind zuzurechnen. Aus dieser Perspektive ist nachvollziehbar, dass sobald eine bestimmte Gelegenheit oder Figur als riskant eingeschätzt wird, ihr Schädigungspotenzial auszuschalten ist. Andernfall wären jegliche Schäden der zuständigen Autorität zuzurechnen, die vor solch einem berechenbaren Risiko keine entsprechenden Maßnahmen getroffen hat.[225] Hiermit sind alle eventuellen Schäden politisiert. Wenn die erwähnte Bedrohung dazu als existenzielle Bedrohung präsentiert wird, werden alle eventuellen Schäden zur Sicherheitsfrage; sie werden *securitisiert* und demzufolge durch alle Mittel bekämpft. Das ‚Gefährdungsrecht' ist gerade ein Ausdruck dieser zukunftsorientierten (*prospectively*[226]) Logik des Risikomanagements, die Risiken nicht nur verwalten, sondern politisch auszuschalten vermag.

Niklas Luhmann versteht ‚Risiken' als Ergebnis eines doppelten Prozesses: *Entscheidungen treffen* und die *Zuweisung von Verantwortlichkeit für diese Entscheidungen*.[227] Die Frage des ‚Risikos' liegt für ihn gerade darin, ob Schäden als Wirkungen bzw. Nebenwirkungen[228] von getroffenen Entscheidungen angenommen und einer Person oder Gruppe zugewiesen werden[229] oder ob Schäden als konkretisierte, nicht zuzuschreibende Gefahren beobachtet werden.

---

224 *Krasmann* 2003: 112 f.

225 Zutreffend hat hier *Di Fabio* die Folgen dieses Risikokonzepts für die staatliche Funktion beschrieben: „Das Verantworlichmachen des Staates für mögliche negative Folgen der wissenschaftlich-technischen Entwicklung führte zu einem immensen Veränderungsdruck auf die traditionelle Gefahrenabwehr.“ (*Di Fabio* 1994: 51). Diese Idee ist eng mit der Idee des *precautionary principle* verbunden, das zur möglichst frühzeitigen Aktion zwingt.

226 *Haggerty* 2003: 194.

227 *Zinn* 2008: 7; grundlegend *Luhmann* 1991.

228 Zu der Bedeutung der Nebenwirkungen in der Arbeit von *Beck* und von *Luhmann* siehe *Prittwitz* 1993: 54 f.

229 Zu dieser Unterscheidung und Zuweisung von Entscheidungen haben *Japp/Kusche* (2008: 88) erklärt: „On both sides of the distinction, attribution works in a different way; some calculate a risk, whereas the others regard themselves as the victims of this calculation. The risks taken by some become dangers for others. It is the decision-maker who appears to have caused potential harm, since he could have decided oth-

> *"Accordingly, making a decision and attributing its uncertain consequences to this decision implies risk. In contrast, negative effects regarded as caused by external events are mere dangers. In other words, the distinction between risk and danger does not refer to differences in certainty, but to a difference in attribution. […] Instead of assuming a (possible increasing) number of objectively given risks/dangers […],*[230] *[this careful separation of the terms 'risk' and 'danger'] makes clear that whether we regard something as a risk is a matter of attribution."*[231]

Die Frage der Zuweisung von Verantwortung spielt eine wichtige Rolle in der Konstruktion der Adressaten des Strafrechts und wird sich auch im Diskurs des ‚Gefährdungsrechts' und seinen Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung äußern. In diesen Fällen wird dem ‚Gefährder' die Verantwortung für das ‚gefährlich-geworden-zu-sein' strafrechtlich zugewiesen.

Aus diesen verschiedenen Theorien können die Hauptaspekte der Konzepte des ‚Risikos' und der ‚Gefahr' herausgenommen und in zwei Definitionen zusammengefasst werden. Wenn im Folgenden vom ‚Risiko' und von ‚Gefahr' gesprochen wird, ist Folgendes dabei gemeint: Der *‚Gefahr'* geht es um eine kausale Schadenszuschreibung, nach der ein ursächlich schadenfähiges Ereignis festgestellt wird. *‚Gefahren'* können menschlicher oder anderer Herkunft sein. Für den Fall der menschlich verursachten Gefahren lässt sich feststellen, dass das Subjekt, das diese Gefahr verursacht, nicht in der Lage ist, die Schadensrelevanz dieses Ereignisses abzuschirmen, so auch nicht dritte Personen. ‚Gefahren' bleiben immer unkalkulierbar und unsteuerbar.[232] Das *‚Risiko'*[233] bedeutet dagegen keine kausale, sondern eine probabilistische Zuschrei-

---

erwise. But the important thing is that it depends on observation who is held to be a decision-maker or, in other words, how risk and danger are attributed.".

230 Der Autor weisst in seinem Text auf die zitierte Arbeit von *Beck* (1986) hin.

231 *Japp/Kusche* 2008: 88.

232 So in strafrechtlichen Überlegungen *Kindhäuser* 1989: 201 („… überhaupt nicht in der Lage ist, sein Verhalten in Beziehung zu einem Schaden zu setzen. […] was sich in einem Schaden unter dem Begriff der Gefahr realisiert; es ist dies nicht die Ursache, sondern die Unfähigkeit, die Schadensrelevanz des ursächlichen Ereignisses abzuschirmen.").

233 Diese Definition, die hier lediglich zum Zweck einer Vereinheitlichung und Operationalisierung des Konzepts für die vorliegende Arbeit vorgenommen wird, hat dennoch keinen Anspruch sowie auch nicht die dargelegte Definition der Gefahr, allgemeine Gültigkeit oder epistemologische Bestimmtheit zu haben. So muss man die Worte von Krasmann als Warnung nehmen und als Hintergrund behalten: „Das Konzept des Risikos ist keinesfalls homogen. Man sollte vielmehr von unterschiedlichen Rationalitäten sprechen, an die wiederum in sich heterogene Technologien anschlussfähig sind." (*Krasmann* 2003: 116). *Dean* identifiziert vier verschiedene Rationalitätstypen des Risikos: zwei von ihnen sind quantitativer Art (Versicherungsrisiko, epidemio-

bung, d.h. eine Schadenszuschreibung, die sich z.B. auf versicherungsmathematische Kalküle stützt. Ein ‚Risiko' ist ein Ereignis, das als ein eventuell mitverursachender schadensfähiger Faktor betrachtet wird, der konstruiert, sozial vermittelt, wahrgenommen oder in sonst einer Form Relevanz erhält und demzufolge präventiv auszuschalten ist. „Nichts ist an sich ein Risiko – in der Wirklichkeit gibt es keine Risiken. Umgekehrt kann alles zum Risiko werden. Ob dies der Fall ist, hängt allein von der Art ab, in der man eine Gefahr analysiert, ein Ereignis betrachtet."[234] ‚Risiken' werden daher in Abwesenheit einer physischen kausalen Ursache zugeschrieben und zielen auf die Prävention eventuell zukünftig eintretender Schäden ab. Risiken sind dementsprechend kalkulierbar und steuerbar.[235] Deshalb wird in dieser Arbeit stets von der Konstruktion von ‚Risiken' gesprochen. Weil Risiken in der Tat *konstruiert* werden, wie es *Ericson* und *Haggerty* erklären: "Because risks are brough into existence by scientific knowledge and law, they can also be mangnified, minimized, or muzzled by scientific knowledge and law."[236]

Es gibt noch ein weiteres Konzept, das hier im Verbindung mit dem ‚Risiko' und dem ‚Risikomanagement' zu setzen ist: das Vorsorgeprinzip.[237] Während ‚Risiken' zu präventiven Handlungen führen, mobilisiert das Vorsorgeprinzip eine andere Art von Regierungstaktiken: *precaution*. Dieses Prinzip, das sich grundsätzlich seit den 1970er Jahren im Bereich der internationalen Umweltpolitik entfaltet hat, plädiert für die Prävention *vor* der Prävention: "Even exercise caution about how one is being cautions."[238] Vorsorglich zu

logische Risiko) und zwei sind hauptsächlich qualitativer Art (Fallbearbeitung, klinisches Risiko). Er erkennt allerdings, dass noch andere Formen und unterschiedliche Interpretationen möglich sind. Vgl. *Dean* 1998: 32 ff.

234 *Ewald* 1989: 390. Im gleichen Sinne *Krasmann* 2003: 111.

235 Für eine solche Unterscheidung nach der Kalkulierbarkeit/Unkalkulierbarkeit auch *Prittwitz* 1993: 61; grundlegend auch *Evers/Nowotny* 1987; *Ewald* 1991: 201; *Krasmann* 2003: 110 ff.; *Stolle* 2008: 131: „Während die Gefahr zwar nicht berechenbar, aber dafür vergleichsweise konkret zu fassen ist, lässt sich das Risiko vorausberechnen, bleibt jedoch hinsichtlich seiner Schädigungstendenz unbestimmt und vage." *Dean* (1998: 25) betont: „It is thus not possible to speak of incalculable risks, or of risks that escape our modes of calculation". Diese Erkenntnis bedeutet aber keinesfalls, dass die Verwaltung von Risiken zur ihrer Neutralisierung führt.

236 *Ericson/Haggerty* 2001: 89. Die Autoren nennen folgendes Beispiel: „scientific tests are able to detect ever-smaller quantities of impurities, and the setting of increasingly demanding legal standards leads to greater levels of officially recognized pollution of the environment." (*ibid.*).

237 Über das Vorsorgeprinzip im Rahmen der Umweltfrage siehe *Rehbinder* 1987; aktueller zum Vorsorgeprinzip im Bereich des Völkerrechts *Maurmann* 2008.

238 *Ericson/Doyle* 2004a: 147. Die Autoren zeigen in diesem Text die Anwendungsmöglichkeiten des precautionary principle am Beispiel der Transformationen in den Versicherungstechnologien nach dem 11. September 2001.

agieren, bedeutet zu intervenieren, bevor ein bestimmter Faktor tatsächlich zu Risikofaktor wird bzw. bevor eine bestimmte Situation als riskant konstruiert wird: Auch wenn es noch nicht wissenschaftlich bewiesen ist, ob eine Substanz oder eine Handlung schädigende Konsequenzen für die Umwelt, für die öffentliche Gesundheit, für das Frieden etc. entwickeln kann, ist die Substanz bzw. die Handlung zu verbieten, solange die Möglichkeit besteht, dass solche unerwünschte Folgen sich in der Zukunft entwickeln könnten. Andererseits, auch wenn es wissenschaftlich nicht bewiesen ist, ob eine bestimmte Intervention schädliche Folgen verhindern kann, müssen solche Interventionen dennoch vorgenommen werden, solange die Möglichkeit, dass eine Intervention mögliche Schäden verhindern könnte, wissenschaftlich nicht widerlegt ist. "When faced with a threat that is very severe even if infrequent, adopt an equally severe approach to preventive security."[239] Die Möglichkeit des ‚Risikos' ist Anlass für die frühzeitigen Aktionen bzw. für das rechtliche Verbot, auch wenn es keine wissenschaftlichen Ergebnisse gibt, die solche Aktion bzw. solche Verbote empfehlen. Bei einer Vorsorge ist die Expertise „displaced".[240] Die Logik des Risikos unterscheidet sich von der Logik der Vorsorge. Am Beispiel der *precautional measures*, die im Bereich der *situational crime prevention* von eventuellen Opfern vorgenommen werden, erklärt *Haggerty* die Unterschiede zwischen *prevention* und *precaution*: "This terminological shift from risk to precaution signifies an attempt to understand the epistemological and social position of responsibilized decision makers. Precautionary decision making has a different relationship to scientific knowledge, is concerned with a broader range of potentialities, and works in a separate logical register than decisions based on a template of risk."[241] Precaution sei im Gegensatz zum Risk, a „non-calculative" Logik,[242] die mit „catastrophic potentialities" handelt: "Precautionary actions are taken to avoid the worst eventuality that can be imagined, not to reduce the likelihood that a probable event will occur."[243] *Precaution* basiert auf Angst und nicht auf statistischen Daten. Die *Szenariotechnik*, die die schrecklichsten Zukunftskatastrophen in die Gegenwart verschiebt, zeigt

239 *Ericson/Doyle* 2004: 147. Siehe grundlegend zu dieser Idee *Ewald* 2002.

240 *Haggerty* 2004. Der Autor bezieht sich auf die Situation und die Möglichkeiten des kriminologischen Denkens vor einer transformierenden Kriminalpolitik. Diese Verschiebung wird auch von *Opitz/Tellmann* (2009: 4) betrachtet: „Dabei werden Wahrscheinlichkeiten und Erfahrungswissen als Anhaltspunkte des Möglichen abgelehnt – die epistemologische Autorität von Wissenspraktiken verschiebt sich.".

241 *Haggerty* 2003: 197/198.

242 *Haggerty* 2003: 198 ff.

243 *Haggerty* 2003: 202. "Precautionary logic operates in a context of subjective uncertainty about the probability of victimization. As such, precaution is not really concerned with 'risk' at all." (*ibid.*: 203).

sich daher als geeignetes kognitives Mittel, um die fehlende Vorstellungskraft der Statistiken zu überwinden.[244] Diese Technik dient dem „governing *imaginable futures*".[245] *Precaution* ist zu symbolisch aufgeladen und politisch gezielt, um die Forderungen eines probabilistischen versicherungsmathematischen Kalküls zu erfüllen;[246] *precaution* ist daher „post-probabilistisch".[247] Wenn man dieses Vorsorgeprinzip als eine Vorstufe des Risikos vor dem Hintergrund der Risikologik betrachtet, wird deutlich, dass es unmöglich ist, alle Möglichkeiten von Risiken zu ahnden bzw. zu konstruieren und demzufolge zu verhindern. Ein größeres Sicherheitsbedürfnis geht daher mit einer höheren Verletzlichkeit einher. "Because government experts do not have an accurate crystal ball, either, the result of clamping down will be a series of expensive Maginot lines against risk, each of which does a wonderful job of protecting society against a known risk, while doing nothing to protect society from the unknown [...] efforts taken in the name of the precautionary principle may even increase our vulnerability to the unknown."[248] Die Folgen einer solchen Einstellung im kriminalpolitischen und strafrechtlichen Bereich lassen sich teilweise in den hier analysierten Dispositiven aufzeigen. Im Grunde zeigt sich dennoch das ‚Gefährdungsrecht' immer noch an die präventive Rationalität gebunden, die auf der konstruierten Erwartung von kalkulierbaren Schäden basiert. Es wird immer wieder auf die Kalkulierbarkeit von den Risikofaktoren bei den ‚Sexualtätern' und bei der ‚Organisierten Kriminalität' zurückgegriffen.

---

244 Ausführlich über diese Technik und die *Precautional*-Rationalität, die sich gegen die Risikorationalität richtet, *Opitz/Tellmann* 2009.

245 *O'Malley* 2005: 506. Der Autor kommentiert den Text von *Ericson* und *Doyle* (2004) und bedauert, dass sie bei der Idee „limits of knowledge" der Unsicherheit (uncertainty) geblieben sind, ohne das Regierungspotenzial dieser *Precautionary*-Logik weiter zu untersuchen.

246 *Haggerty* 2003: 204 ff.

247 *Opitz/Tellmann* 2009: 19.

248 *Baker* 2002: 12.

1.2.2.3. Risikostrafrecht

Anders als im Fall des Feindstrafrechts von *Jakobs* wurde ein Risikostrafrecht noch nicht offen vorgeschlagen.[249] Die Risikologik wurde allerdings bereits in enge Verbindung mit dem Strafsystem gesetzt. Dies kann in der bereits erwähnten *new penology* und ihrer *actuarial justice* gesehen werden. Zunächst folgt eine Definition, wie *new penology* zu verstehen ist:

> *"It is actuarial. It is concerned with techniques for identifying, classifying and managing groups assorted by levels of dangerousness. It takes crime for granted. It accepts deviance as normal. It is sceptical that liberal interventionist crime control strategies do or can make a difference. Thus its aim is not to intervene in individuals' lives for the purpose of ascertaining responsibility, making the guilty 'pay for their crime' or changing them. Rather it seeks to regulate groups as part of a strategy of managing danger."*[250]

Mit *new penology* haben *Feeley* und *Simon* kriminal- bzw. kontrollpolitische Prozesse beschrieben, die auf den ersten Blick nicht unbedingt in das Strafrecht und das Strafprozessrecht eingeflossen zu sein scheinen. Die Logik der *actuarial justice* bedeutete am Anfang trotz ihres Namens keine tiefgreifende Transformation des Strafrechts und der Rechtsstaatsprinzipien. Sie zeigte sich angeblich nur „als eine Regierungstechnologie" im Feld des Politischen als „Effekt einer neuen, hegemonialen Gouvernementalität".[251] Sie ist allerdings im Laufe der Zeit auch rechtlicher geworden, wie es Feeley und Simon am Beispiel des Falls *US vs. Salerno* feststellen:[252] "The courts are one force that could do much to slow the development of actuarial justice. [...] However, [...] the Court is engaged in rethinking the values of constitutional criminal jurisprudence from an orientation deeply informed by actuarial justice."[253] Auch in der vorliegenden Arbeit kann man über ‚Risiken' und Risikopopulationen und auch über Gefährdungslagen, die zu beherrschen sind, in den Dokumenten vom deutschen Parlament und in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts lesen. In einem anderen Fall, *US vs. Sokolow*,[254] beschreiben *Feeley* und *Simon*

---

249 Der Aufsatz von *Rainer Wolf* (1987) könnte als eine Ausnahme gesehen werden, da er für ein „Risikorecht" plädiert. Der Autor bezieht sich allerdings grundsätzlich auf das Umweltrecht und nicht spezifisch auf das Strafrecht. Ablehnend zum Konzept eines „Risikostrafrechtes" *Seelmann* (1992), der allerdings bei seinen Überlegungen im Rahmen des Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrechts bleibt. Spezifisch kritisch zu einem Risikostrafrecht äußert sich *Herzog* 2005.

250 *Feeley/Simon* 1994: 173.

251 *Krasmann* 2003: 248.

252 Supreme Court of the United States, *United States v. Salerno*, 481 U. S. 739 (1987).

253 *Feeley/Simon* 1994: 181.

254 Supreme Court of the United States, *United States v. Sokolow*, 490 U. S. 1 (1989).

weiter, der *Supreme Court* verzichtet auf jegliche Nachweise zu der Form, wie die Polizei relevante Beweismittel für eine Überführung der Verdächtigen gesichert hat.[255] "[The Supreme Court] signalled a new willingness to allow the expansion of search and seizure powers of the police without any corresponding adjustment of constitutional protections to the individual."[256] Diese Expansion lässt sich auch in den deutschen Verfassungsänderungen nachweisen, die der Polizei immer mehr Befugnisse geben, der individuellen Freiheit aber immer weniger Schutz gewähren. Die Logik des Risikomanagements gestaltet auch das deutsche Strafrecht.

Wenn das Strafrecht einige oder mehrere Risikokategorien annimmt, muss man von einer Wandlung im Strafrecht reden, das Merkmale eines Risikostrafrechts aufweist.[257]

Das *Mensch als Adressat des Strafrechts* würde eine neue Gestaltung annehmen. „Es [gibt] kein Subjekt mehr".[258] Wie es bereits angekündigt wurde: „Die Konfrontation des Delinquenten mit einem Personenkonzept, das die individuelle Verantwortung akzentuiert und alle weiteren Umstände und Bedingungen ausklammert, läuft freilich Gefahr, ins Leere zu laufen."[259] So würde auch die Gestaltung eines liberalen modernen Strafrechts seine Adressaten und seine Verbrechenskategorien erheblich umformulieren (aber nicht abschaffen!). Das Risikostrafrecht wäre so „weitgehendes entpersonalisiertes Recht".[260] Diesbezüglich sind Risikostrafrecht und Feindstrafrecht bis zu einem gewissen Punkt ähnlich: Im ‚Feindstrafrecht' bedeutet die Entpersonalisierung eine *Entrechtlichung*. Die Person wird nicht länger als Rechtssubjekt betrachtet. Es geht um eine Aberkennung als Rechtssubjekt[261]: „Vergrößert der Feind seine Gefährlichkeit, nimmt freilich auch seine rechtliche Entpersonalität zu."[262] Im Risikostrafrecht hingegen ist diese Entpersonalisierung als *Entsubjektivierung* zu definieren, als eine Abstrahierung des Individuums. Es geht um einen Prozess, in dem das Subjekt nicht länger als Individuum, sondern vielmehr als abstrakte – diffuse riskante – Entität betrachet

255 *Feeley/Simon* 1994: 182 f.

256 *Feeley/Simon* 1994: 182

257 Vgl. dazu *Stolle* 2008: 130 ff., der in diesem Sinne von einer „Risikologik als Motor" spricht. Grundlegend dazu *Singelstein/Stolle* 2008, insbes. S. 33 ff.

258 *Castel* 1983: 61.

259 *Günther* 2002: 135. Über den „*delinquent*" als „fading category of knowledge" siehe auch *Scheerer* 1998.

260 *Wolf* 1987: 390.

261 Vgl. grundlegend zu dieser These *Jakobs* 2000; kritisch dazu *Arnold* 2006.

262 *Jakobs* 2004a: 44, kritisch dazu *Arnold* 2006: 307, der hier auf den „weit ausgreifenden Vorgang der Entpersonalisierung" in Bezug auf die These von *Jakobs* hinweist.

wird.[263] Die Zusammensetzung zwischen den beiden Perspektiven wird aber in der entrechtlichten entsubjektivierten Figur des ‚Gefährders' zu belegen sein. Die Adressaten des Risikostrafrechts sind ferner nicht nach Konzepten des Kriegs wie im Feindstrafrecht, sondern eher nach ‚objektivierten' versicherungsmathematischen Kalkülen, kriminalpolitisch konstruiert und werden bis zu einem gewissen Punkt kontrolliert. *Jeder* ist mehr oder weniger ein ‚passiver' Verdächtiger, da *jeder* den einen oder anderen Risikofaktor – Muslim, arbeitslos, allein erziehend, undokumentiert etc. – erfüllen kann. „Die Kontrolle ist verdachts- bzw. anlassunabhängig, wenn jeder(zeit) kontrolliert wird."[264] Die Erklärung für diesen Zustand liegt allerdings buchstäblich auf der Hand: „Da nie ausgeschlossen werden kann, dass sich eine bestimmte Situation bei ungehindertem Fortlauf zu einer Gefahr entwickeln könnte, werden potenziell alle Situationen, Orte und Personen als risikobehaftet angesehen."[265] Da das ‚Gefährdungsrecht' teilweise als eine Weiterentwicklung dieses Risikostrafrechts zu verstehen ist, ist foglich auch der ‚Gefährder' eine Konstruktion, die jederzeit jedem zuzurechnen ist. Eine Konkretisierung der alltäglichen *criminology of the self* ist hier vorhanden.

Das *Handlungskonzept*, das der Strafrechtsdogmatik zugrunde liegt, ist in einem Risikostrafrecht ebenfalls nicht länger anwendbar, *entweder* weil dieses Risikostrafrecht gegenüber Risikofaktoren und nicht gegenüber Taten agiert, etwa im Sinne der *actuarial justice*, *oder* weil die in dieser Risikogesellschaft konstruierten Risiken – tatunabhängig[266] – strafrechtlich definiert und verfolgt werden. In beiden Fällen geht es um die angestrebte Ausschaltung von zukünftigen Schäden, die auf versicherungsmathematischen Abwägungen bzw. auf politischen Definitionen von Zuständen basieren und Abschied von Handlungs- und Schuldprinzipien nehmen. Das Streben nach Sicherheit ist allerdings aus dieser Perspektive nicht unbedingt „objektiv" orientiert. Es ist vielmehr eine Orientierung an „angstfreier Daseinsgewissheit",[267] die keine Grenzen kennt, da nicht die Schuld für eine Handlung, sondern die ‚Risiken', die den Subjekten zugeschrieben werden, die Feststellung der möglichen Schädlichkeit des Individuums ermöglichen. Das Denken in „Kategorien" macht diese Feststellung abstrakter als früher und mit einem geringen „moralischen Aufwand":

---

263 *Krasmann* 2003: 120, ausführlich auch 237 ff. Siehe auch *Feeley/Simon* 1992, 1994.

264 *Kötter* 2004: 392/393. Der Autor bezieht sich hier auf die unterschiedlichen Techniken der Videoüberwachung, DNA-Identifizierung und wachsame Nachbarschaften.

265 *Stolle* 2008: 131.

266 Nach *Wolf* (1987: 388) ist die „Ablösung der Haftungsregeln der personalen Zurechnung durch verschuldensunabhängige Risikobalanceinstitute" zu beobachten.

267 *Seelmann* 1992: 455.

„Die Aktivitäten des Verfolgens, Festnehmens und Hinauswerfens von personalisierten (keineswegs individualisierten, sondern vielmehr rein kategorial bestimmten) Übeltätern sind ein vorherrschendes Praxismodell […] (Persönliche) Schuld ist nicht mehr so wichtig, Schädlichkeit ist die Begründung; wenn wir es feiner sagen wollen: das Risiko, das von einem Merkmal und damit von einer Kategorie von Personen ausgeht.“ [268]

Der *Zeitfaktor* wird beim Risikostrafrecht ebenfalls umgestellt, da es nicht bezüglich der Vergangenheit – wegen einer begangenen bzw. versuchten Tat –, sondern in Richtung Zukunft interveniert. Dies würde durch Bestrafung von Pseudoursachen, die *eventuell* zukünftige Schäden verursachen könnten – probabilistisch und nicht kausalistisch betrachtet d.h. durch die Logik der zukunftsorientierten Intervention, die keine aktuellen Beweise, sondern *noch unwirkliche*[269] Zukunftsszenarien als Basis hat,[270] die Verfolgung von „Vorfeldkriminalität“ bedeuten.[271] “Risk discourse is future oriented. Risk rationalities and the technologies in which they are embedded bring imagined futures to the present. People, made reflexive by risk technologies, act with reference to the future more than the past or present.”[272] Wenn durch das Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung Gefangene ohne unmittelbare Bindung zur Anlasstat über das Ende der Strafe hinaus eingesperrt bleiben, um keine zukünftigen Schäden verursachen zu können, reagiert das Risikostrafrecht ebenfalls als eine Interventionsmethode, die eine Art „governing through the future“[273] ist.

Schließlich würde die strafrechtliche *Zurechnung,* die sich auf Kausalität und persönliche Verantwortung stützt, nach einer probabilistischen objektiven Risikologik auch umformuliert werden,[274] da es keine unmittelbar bewiesene Kausalität, sondern eine durch probabilistische Kalkulationen vermittelte und diagnoseartige objektive Zuschreibung von möglichen zukünftigen Schäden gäbe.[275] Dies würde die Bestrafung von gerade unintendierten Nebenfolgen[276]

---

268 *Steinert* 2001: 118.

269 Siehe *supra* FN 184 und 185 und Haupttext.

270 Für eine ausführliche Darstellung des widerstreitenden Verhältnisses zwischen Recht und den in die Zukunft gerichteten Risikokalkulationen siehe *Opitz/Tellmann* 2009, *passim*.

271 *Seelmann* 1992: 453.

272 *Ericson/Haggerty* 2001: 87.

273 *O'Malley* 2000: 460, 465 f., 474.

274 Ähnlich ist auch die Einschätzung von *Prittwitz* 1993: S. 125, 131 ff.

275 Zur Frage der Zurechnung im Risikostrafrecht siehe auch *Seelmann* 1992: *passim*, der von einer „Generalisierung der Zurechnungsprobleme“ des Strafrechts spricht (S. 468).

276 Zur Frage der Nebenfolgen siehe *Beck* 1986: 103; kritisch dazu *Prittwitz* 1993: 54 f., der gerade die fehlende Absicht dieser Nebenfolgen hervorhebt und dies mit der von

bedeuten. *Wolf* hat sogar diese Wandlung vorgeschlagen: „Der juristische Begriff der Verantwortung ist […] eine altväterliche Kategorie personaler Zurechnung geworden, die gerade für die Probleme der Risikogesellschaft unhandlich wird. […] Die Risikogesellschaft entwertet nicht nur die Kategorie der Schuld, sondern auch die der Kausalität.“[277] Gegen diese Ansicht äußert sich *Herzog*:

> *„Wer mit Strafrecht Daseinsvorsorge betreiben will, muss Delikte im Vorfeld von Rechtsgüterverletzungen – genauer noch: im Vorfeld der Verletzungen von Universalrechtsgütern – schaffen. Er muss angesichts der Komplexität möglicher Schadensereignisse und der damit verbundenen Zurechnungsprobleme gefährliche Situationen tatbestandlich beschreiben und das bloße Handeln in diesen Strukturen für die Zurechnung genügen lassen.“*[278]

Ein Risikostrafrecht füge neue Ziele und andere Adressaten dem modernen individualisierenden Strafrecht hinzu. Das Risikostrafrecht als Regierungstechnologie kann deshalb bestimmte Figuren hervorbringen und dadurch „neue Räume und Möglichkeiten des Regierens eröffnen.“[279] Dieses Risikostrafrecht zeigt sich in den Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung. Im ‚Gefährdungsrecht‘ wird allerdings nicht nur diese Risikorationalität, sondern – wie bereits erwähnt – auch die Rationalität der Feindbekämpfung zu sehen sein.

1.3. Zwischenstand: Ist das Strafrecht immer noch *Recht*?

Das Strafrecht drückt sich in den in Kapitel 3 und 4 analysierten Dispositiven als ein scheinbar neues Strafrecht, nämlich ‚Gefährdungsrecht‘, aus, das dennoch auch moderne Formen behält[280] und „post-moderne“ Merkmale der

---

Luhmann behaupteten „fatalen Differenz“ zwischen beabsichtigten und nicht beabsichtigten Folgen des Handelns in Verbindung setzt (im Text wird auf *Niklas Luhmann*, FAZ vom 2.1.1991, verwiesen).

[277] *Wolf* 1987: 388.

[278] *Herzog* 2005: 124.

[279] *Krasmann* 2003: 115.

[280] Mit „modern“ ist hier das Strafrecht gemeint, das sich auf die aufgeklärten liberalen Prinzipien stützt, die in der deutschen Verfassung etabliert und operationalisiert worden sind. Hier wird allerdings vom modernen und nicht vom aufgeklärten Strafrecht geredet, weil dieses moderne Strafrecht im Geist aufgeklärt aufgebaut, aber in der konkreten Formulierung und Anwendung ständig aktualisiert und entwickelt wird.

Risiko- und Bekämpfungsrationalitäten in sich vereinigt. In den hier analysierten Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung zeigen sich diese Maßnahmen des Strafrechts als Äußerungen eines Diskurses, der Elemente von beiden Logiken zusammenfasst: Die hier untersuchte neue Auslegung des Strafrechts äußert sich zugleich als Feindbekämpfung und als Risikomanagement. Beide ineinander verwobene Rationalitäten drücken sich im ‚Gefährdungsrecht' aus. Die in diesem Kontext konstruierten Figuren sind eine Verbindung aus ‚Risiko' und ‚Feind' und nicht länger nur ‚Verbrecher'. Der ‚Gefährder' ist vielmehr Ausdruck der Verflechtung unterschiedlicher Rationalitäten und der Überlappung von alten und neuen Konstruktionen: ‚Gefährder' sind scheinbar nicht Teil der Gesellschaft, wie es immer ‚Verbrecher' gewesen sind; oder sie werden doch als zugehörig angenommen, aber nicht als zugehörige Subjekte, sondern als selbstverständliche Risiken einer globalen Risikogesellschaft. Diese Figuren haben auch nicht die bekannten Garantien im Strafprozess, da sie als ‚Feinde' entweder keine Garantien verdienen oder keine Garantien beanspruchen dürfen. Sie werden nicht als bestrafbare Subjekte, sondern als zu verwaltende Risikopopulationen betrachtet. Handlungsprinzip, Schuldprinzip, Unschuldsvermutung, *in dubio pro reo* werden umformuliert oder sogar suspendiert.

Bleibt das Strafrecht – trotz all dieser Erneuerungen – immer noch Recht? Bevor diese Fragen in den Kapiteln 3 und 4 ausführlich verfolgt werden, sollen im nächsten Kapitel die Grundlagen des zugrunde liegenden Diskurskonzepts und seiner Analyse dargelegt werden.

Mittel dieses Strafrechts ist hauptsächlich die Strafe als Reaktion auf eine begangene bzw. versuchte Tat, die zum Zweck der Resozialisierung (positive Spezialprävention) und/oder der Vergeltung steht. Die reine Vergeltung allerdings, die kennzeichnend für die klassische Schule des Strafrechts und der Kriminologie war, zeigt sich im modernen Recht von den „praktischen" Zwecken der Prävention deplaziert. Zu den Grundlagen der präventiven Vereinigungstheorie siehe *Roxin* 2006: § 37 ff. Für eine kurze Redigierung der aufgeklärten und modernen Formen des Strafrechts vgl. *Arnold* 2006; siehe grundlegend dazu *Vormbaum* 2009: *passim*. Siehe auch *Jakobs* 2004a; *Kretschmer* 1999: 22 ff. Über das moderne Strafrecht der Prävention siehe *infra* FN 393 ff. und Haupttext.

2. Diskursanalytische Grundlagen

2.1. Zur Diskursanalyse

Dieses Kapitel ist der Darstellung den dieser Arbeit zu Grunde liegenden theoretischen Prinzipien und der Methode der Diskursanalyse gewidmet. Da in diesem Werk zwei strafrechtliche Dispositive untersucht werden, die sowohl im Kontext der parlamentarischen Diskussion, als auch im Rahmen von Gesetzentwürfen sowie in Urteilen des Bundesverfassungsgerichts geregelt und spezifiziert werden, hat sich die Methode der Diskursanalyse für die Ziele dieser Arbeit als geeignetes Untersuchungsinstrument erwiesen. Diese Methode ermöglicht es einerseits, Rechtsdokumente von einem distanzierten Standpunkt aus zu analysieren - d.h. das Recht nicht an rechtsdogmatisch vorbelasteten Begriffen, Prinzipien und Maßstäben zu messen, sondern es als Produkt

der aktuellen Machtverhältnisse, als ein Diskurs, der spezifische Bedingungen erfüllt und bestimmte Wirkungen entfaltet, wahrzunehmen. Dank der Diskursanalyse kann somit der Rechtsdiskurs rechtlich neutral betrachtet werden. Die Diskursanalyse ermöglicht andererseits jedoch auch eine nähere Betrachtung des Rechts, indem Sätzen, Wörtern, aber auch minimalen Flexionen die gleiche Gewichtigkeit beigemessen wird, was zu einem besseren Verständnis ihrer wechselseitigen Beziehungen, der Bedeutungsverschiebung von Begriffen und ihrer Grenzideen, die zweifellos mit jedem Begriff proklamiert werden, führt. Der Begriff der *Diskursanalyse* kann allerdings unterschiedlich verstanden werden. Im vorliegenden Fall ist hierunter jedoch eine Methode zu verstehen, die sich aus zwei Diskursauslegungen zusammensetzt. Es geht dabei *einerseits* um einen Diskurs nach dem foucaultschen Verständnis, wobei jedoch nicht nur die Ausgangsidee von *Foucault*, sondern auch dieweitere Entwicklung dieser Idee (beispielsweise in den Arbeiten von *Butler* und *Maingueneau*) aufgegriffen wird. *Andererseits* geht es um einen Diskurs im Sinne von *Jacques Derrida*, wobei auch hier die auf *Laclau*, *Mouffe* und *Nonhoff* zurückgehenden jüngeren Entwicklungen Berücksichtigung finden.

Die Diskursanalyse befasst sich vor allem mit *autorisierten Diskursen*, die jenseits der unmittelbaren Funktion eine Auskunft über Grundlagen und Werte einer bestimmten Sprachkollektivität geben.[281] Während sich der *foucaultsche* Ansatz mit der *Wahrheit* sowie der *Materialität* des Strafrechtsdiskurses befasst, konzentriert sich die *derridasche* Auslegung auf die linguistischen Facetten in der *Ausübung dieser Sprache*, d.h. auf die begrifflichen Nuancen, Fixierungen und die Offenheit des Diskurses. Die methodische Zusammenlegung beider Auslegungen ermöglicht somit eine ausführliche Betrachtung des Strafrechtsdiskurses und ermöglicht es, Antworten auf die Frage nach den Konstruktionen des Strafrechts, nach seinen Figuren und nach seinen Äußerungsformen zu finden.

---

[281] *Maingueneau* 1991: 22.

2.2. Diskurs

In diesem Kapitel werden zwei Auslegungen des Diskursbegriffs vorgestellt.[282]

Die *erste* Definition, die eher in derridasche Richtung geht, lautet: “A discourse is a differential ensemble of signifying sequences in which meaning is constantly renegotiated.”[283] Demnach hat der Diskurs keine abgeschlossene, festhaltbare Bedeutung. Der Diskurs als ‚sinnliches Feld‘ ist zugleich endlich und unendlich.[284] Der Diskurs steht hiernach für eine unendliche Kette von

---

282 Diskursbegriffe und Verständnisse, die im Folgenden präsentiert sind, unterscheiden sich von anderen Begriffen, die man vielleicht auch zur Analyse hätte nehmen können. Die Nichtberücksichtigung des verbreiteten Diskurskonzepts von *Habermas* erfordert eine besondere Begründung, da er dieses Konzept grundsätzlich im Rahmen seiner Rechtstheorie entwickelt hat, was eher *für* seine Anwendung hätte sprechen können. Wichtig ist aber zu betonen, dass er in seiner Theorie von einem *anderen* Diskurs spricht, der sich aus seinem Diskursprinzip herauskristallisiert: „Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten.“ (*Habermas* 1992: 138). Sein damit verbundenes Demokratieprinzip stellt seinerseits fest, „daß nur die juridischen Gesetze legitime Geltung beanspruchen dürfen, die in einem ihrerseits rechtlich verfassten diskursiven Rechtssetzungsprozeß die Zustimmung aller Rechtsgenossen finden können.“ (*Habermas* 1992: 141). Dass diese Prinzipien einen Konsens voraussetzen, der idealtypisch und nicht zu erreichen ist, ist eine unvermeidliche Kritik an dieser Idee. So auch *Steinhoff* 2004: 451 ff., *Lieber* 2007: 351. Der Ausgangspunkt Habermas’ ist darüber hinaus eine „normativ anspruchsvolle Position“, die in seinem Rechtssystem Rechte, die „die Abgrenzung subjektiver Handlungsfreiheiten zum Gegenstand haben“ im Sinne Kants, und Rechte, die „Grundrechte auf die chancengleiche Teilnahme an Prozessen der Meinungs- und Willensbildung“ im Sinne Rousseau entstehen, verbindet (*Pawlik* 2004: 442). Siehe dazu auch kritisch *Lieber* 2007: 18 ff., 45 ff. Der Diskurs Habermas’ soll daher nicht mit dem in diesem Kapitel gemeinten Diskurs im methodologischen Sinne verwechselt werden. Außerdem hat sein konsensualistischer *Diskurs* mit idealen Bedingungen zu tun, die mit den Ausgangspositionen und Vorgehensweisen von *Foucault* und *Derrida* unvereinbar erscheinen, und auch nicht mit den Absichten einer nicht normativen, sondern beschreibenden kritischen Einstellung zum Recht und Kriminalpolitik zu verbinden ist.[282] Kritisch kann man hier auch mit *Marsh* (2001: 18 f.) behaupten: „It may be that his impassioned defense of modernist reason against postmodernism motivates him to understate the pathology of modernity, rooted fundamentally in capitalism.“.

283 *Torfing* 1999: 85.

284 Dieses Konzept wurde nach einer Dekonstruktion der Vorstellung von vollständigen Strukturen (*totalizing structures*) entwickelt. Diese Dekonstruktion bedeutet hier eine Ablehnung der Idee von geschlossenen (Begriff-)Strukturen sowie eine Ablehnung von einem Zentrum in der Struktur. „Our cognitions and speech-acts only become meaningful within certain pre-established discourses, which have different structurations that change over time“ (*Torfing* 1999: 84 f.).

mehrdeutigen temporären Zentren, die durch eine materiell endliche Sprache übermittelt werden, wobei der Diskurs selbst allerdings über kein Zentrum verfügt.[285] In der vorliegenden Arbeit wird der Diskurs des Strafrechts untersucht, der nach dieser Auslegung ein „sinnliches Feld" ist, d.h. ein Umfeld, in dem Sinn konstruiert und vermittelt wird. In diesem Umfeld beziehen sich nicht nur Begriffe aufeinander, sondern sie ermöglichen hierdurch auch die Entstehung neuer mehrdeutiger und temporärer Begriffe. Dieses Phänomen wird sowohl in der mündlichen Form der parlamentarischen Diskussionen, als auch in der höchst formalisierten schriftlichen Form der Urteile des Bundesverfassungsgerichts zu analysieren sein. Die Bedeutung von ‚Gefahr' oder ‚Sicherheit' etwa wird innerhalb eines Kontextes fortwährend „renegotiated". Zwar werden die Begriffe nicht stets mit identischem Inhalt verwendet, sie werden aber innerhalb gewisser Regeln „fixiert", den Anschein erweckend, *als ob* sie immer dasselbe bedeuten würden.[286] Zwar ist die Zahl der Begriffe endlich, nicht aber so ihre Kombinationsmöglichkeit und jede neue Kombination von alten Begriffen bringt neue Bedeutungen hervor, auch wenn der Anschein erweckt wird, als ob die Begriffe „fixiert" und intakt seien. Wenn im Rahmen des Strafrechtsdiskurses immer dasselbe gesprochen würde, gäbe es keine Änderung. Bedenkt man aber, dass der Diskurs keine fixierten Zentren hat und im Grunde kontingent ist, scheint es sinnvoll, sich zu fragen, welchem Wandel dieser Diskurs unterliegt und wie sich die temporären Zentren und Grenzen verschieben. Der moderne Strafrechtsdiskurs dreht sich um bestimmte Begriffe wie ‚Ordnung', ‚Verbrecher' und ‚Strafe'. Durch die Analyse des Diskurses kann vielleicht gezeigt werden, dass nicht mehr nur der ‚Verbrecher', sondern auch etwa der ‚Gefährder', die ‚Gefahr', das ‚Risiko' und die ‚Bekämpfung' temporäre begriffliche Zentren des Strafrechtsdiskurses darstellen, die sich mit älteren Signifikationszentren verknüpfen. Ein solches Ergebnis würde zeigen, dass sich der Strafrechtsdiskurs in seiner Bedeutung verschoben bzw. gewandelt hat.

---

285 *Derrida* 1972b.

286 Bereits über die Idee „*securitization*" (siehe *supra* FN 130) haben *Buzan et al.* erklärt, dass der Prozess der *securitization* nicht von wenigen Akteuren geführt wird. Was *securitized* wird und was nicht, sei vielmehr in mehreren intersubjektiven Prozessen modelliert. „Thus, the exact *definition* and *criteria* of securitization is constitued by the intersubjective establishment of an existential threat with a saliency sufficient to have substantial political effects. Securitization can be studied directly: it does not need indicators. The way to study securitization is to study discourse and political constellations." (*Buzan/Waever/de Wilde* 1998: 25). Ob ‚Gewaltkriminalität' oder ‚Organisierte Kriminalität' Themen sind, die *securitized* werden, hängt nicht nur von den Politikern oder von den Richtern ab. Sie sind allerdings „die" Akteure, die die öffentlichen politischen Prozesse in strafrechtliche Gesetze umwandeln und einschreiben können.

Die *zweite* Diskursauslegung wird nicht mit Hilfe einer Definition präsentiert, sondern durch eine provokative Feststellung: „Der Diskurs – die Psychoanalyse hat es uns gezeigt – ist nicht einfach das, was das Begehren offenbart (oder verbirgt): er ist auch Gegenstand des Begehrens; und der Diskurs – dies lehrt uns immer wieder die Geschichte – ist auch nicht bloß das, was die Kämpfe oder die Systeme der Beherrschung in Sprache übersetzen: er ist dasjenige, worum und womit man kämpft; er ist die Macht, deren man sich zu bemächtigen sucht.“[287] Aus dieser Perspektive definieren Diskurse „den Bereich des Wahren und üben damit gesellschaftliche Macht aus“.[288] Durch den Diskurs werden somit Wahrheit und Wirklichkeit produziert. Der Diskurs ist ferner in seiner Struktur „eine einfache Repräsentation des in Wirklichkeit Problematischen“ und deshalb nicht nur eine Antwort auf, sondern auch konstituierend für die Wirklichkeit.[289] Folglich hängt demnach die Frage nach dem Diskurs eng mit der Frage nach der Wahrheit zusammen. Es geht um die Frage der Wahrheit als eine konstruierte, materialisierte und wiederholte Folge von sinngebenden Praktiken, die an sich weder wahr noch unwahr sind, die aber die Wahrheit und Wirklichkeit – materiell – hervorbringen. Diese Materialität bzw. materielle Facette der diskursiven Wahrheit betont die relationale Identität eines Diskurses, d.h. seine Lokalisierung zwischen sowie seine Verknüpfung mit anderen Diskursen. Diese Materialität hebt auch die Bedeutung der Stellung des Diskurses als „gesprochenes oder geschriebenes Ding“ hervor,[290] wobei diese immer unterschiedlich mächtig und mannigfaltig sein kann. Der Strafrechtsdiskurs wird in seiner Materialität betrachtet, d.h. in seiner *wahrheitsproduzierenden* Praxis. Der Strafrechtsdiskurs formt Wahrheit und schafft Sinn durch Gesetze, durch parlamentarische Diskussionen und durch Urteile des Bundesverfassungsgerichts. Wenn beispielsweise in einem Gesetz die Rede davon ist, dass ‚hochgefährliche‘ ‚Straftäter‘ ‚für das Allgemeinwohl‘ über die Dauer der Strafe hinaus eingesperrt bleiben dürfen und dass die entsprechende Anordnung unmittelbar vor der Entlassung ergehen darf, materialisiert sich der Strafrechtsdiskurs durch diese Vorschrift in einer sichtbaren, wirkungsvollen Form, die keinen Zweifel an der Machtposition – *Autorität* –

[287] *Foucault* 1999: 8.

[288] *Bublitz/Bührman* 1998: 11.

[289] *Bublitz* 1999: 25. Explizit schon bei *Foucault*: „Eine Problematisierung ist immer etwas Schöpferisches; aber in dem Sinn, daß Sie bei einer gegebenen Situation nicht folgern können, daß diese Art von Problematisierung folgen wird. Angesichts einer bestimmten Problematisierung können Sie nur verstehen, warum diese Art von Antwort auftaucht als Erwiderung auf einige konkrete und spezifische Aspekte der Welt. Es gibt eine Beziehung zwischen Denken und Realität im Prozeß der Problematisierung“ (*Foucault* 1996: 180).

[290] *Foucault* 1999: 6.

des Sprechers – *des Gesetzgebers* – lässt. Bedeutungen werden hierdurch verschoben und in Ziele umformuliert: Strafvollzug wird zum Verhaltensschauplatz, Freiheitsrechte werden relativiert, Sicherheitsziele werden an die Strafe gehängt.

2.2.1. Sprache

Die erste Diskursdefinition ist hilfreich für die vorliegende Untersuchung, weil sie die scheinbare Endlichkeit des Diskurses und ihre Mehrdeutigkeit betont und damit die Beweglichkeit, Unbestimmtheit und Relationalität des Diskurses im Allgemeinen sowie des Strafrechtsdiskurses im Speziellen sichtbar macht. Die Analyse des Strafrechtsdiskurses mit Blick auf seine *Beweglichkeit* wird ermöglichen, zu erkennen, welche Signifikationszentren – wie etwa die Strafe – an Bedeutung verloren, und welche – wie z.B. die Bekämpfung von Gefahren und das Management von Risiken – an Bedeutung gewonnen haben. Die Analyse der *Unbestimmtheit* wird die Diffusion der Begriffe im Strafrechtsdiskurs aufzeigen sowie die latente Möglichkeit, diese mit jeglichen Bedeutungen „zu füllen." Die Untersuchung der *Relationalität* des Strafrechtdiskurses wird schließlich ermöglichen, die unendlichen Kombinationensmöglichkeiten der Begriffe, die neue Bedeutungen schaffen und damit zur Polysemie der Begriffe führen, sichtbar zu machen. ‚Sicherheit' kann mit der staatlichen Schutzfunktion, aber auch mit der Erhaltung einer bestimmten rechtsstaatlichen Ordnung in Verbindung gesetzt werden und daher zu unterschiedlichen Bedeutungen führen.

Die Idee einer Sprache, die offen ist und über keine fixierten Zentren verfügt, trat gegen Ende der 1960er Jahre auf als Reaktion auf die von *de Saussure* initiierte strukturalistische „Konzeption der Sprache als ein homogenes und geschlossenes System von Bedeutungen".[291] Vier Kernideen des *Course de*

[291] *Lemke* 2002: 44. *Saussure* hatte eine Sprache und ein sprachliches Zeichen vorgestellt, die relational und binär ist. Die Relationalität der Sprache bestehe darin, dass das Zeichen – als ihre kleinste Sinneinheit – nur in Bezug auf andere Zeichen positiv identifizierbar sei, indem man seinen linguistischen Wert nur relational und als Teil eines gesamten Systems gewinnen kann. Die Binarität erklärt sich ihrerseits darin, dass das linguistische Zeichen aus einem begrifflichen und aus einem ‚graphisch' übermittelbaren Aspekt besteht. Der erste, die Signifikat (das Konzept – „*signifié*"), und der zweite, der Signifikant (die akustische Abbildung - „*signifiant*"), binden sich als untrennbare Elemente in diesem Zeichen („*signe*') (*de Saussure* 1965: 155 ff.). Signifikaten differenzieren sich voneinander in negativer Form.: Ein Signifikat ist nur dadurch erkennbar, dass man bestimmt, was er nicht ist („blau" bedeutet „nicht schwarz", „nicht weiß", „nicht rot" etc.). Dasselbe passiert mit den Signifikanten, die im saussureschen System auch

Linguistique Générale[292] haben die spätere Konzeption der offenen dezentrierten Sprache ermöglicht: *1)* Langue und langage sind zwei verschiedene Dinge.[293] Während die *langage* eine menschliche Fähigkeit ist, ist die *langue* ihre Konkretisierung durch Regeln innerhalb einer bestimmten Gesellschaft.[294] *2)* Die *langue* steht extern zum Individuum, das sie nicht verändern kann und entsteht als Folge eines gewissen sozialen Vertrages.[295] *3)* Der Vertrag, den alle in der Gesellschaft teilen, führt zu einer Art homogener Natur der Sprache.[296] Ein einziges Zeichensystem und seine Homogenität charakterisieren schließlich diese *langue*. *4)* Das Kollektiv stimmt dem Zeichensystem sowie jeder Signifié-Signifikant-Korrelation zu.[297] Die *langue* und damit jedes Zeichen konkretisie-

---

nur negativ bestimmbar sind. Diese differenzielle, negative ‚Identität' von Signifikate und Signifikanten bleibt als solche absolut offen, was für *de Saussure* angeblich ein Problem – Exzess an Unbestimmbarkeit – darstellte. Diese Offenheit muss sich deshalb im saussureschen System lösen, sobald Signifikat und Signifikant als Einheit bzw. als *Zeichen* betrachtet wurden: Das Zeichen bildet eine positive Form und die Zeichen unterscheiden sich voneinander, zwischen ihnen gibt es „*opposition*" (*de Saussure* 1965: 166 f.). Die Offenheit und Unendlichkeit der Ketten von Signifikate und Signifikanten reduzieren sich auf diese Weise und werden geschlossen und endlich. „In the signs, the open possibilities are pinned down, and defined through oppositions (such as presence/absence, black/white, good/bad, etc.) with other signs […] In this way, the *Course* replaces the initial concept of an open system with that of a closed structure of oppositions. Much of subsequent structural linguistics and structuralism has adopted this view of language" (*Macdonell* 1986: 10). Der Autor bezieht sich hier auf den *Course de Linguistique Générale* von *de Saussure* (1965).

292 *De Saussure* 1965.

293 „Mais qu'est-ce que la langue? Pour nous elle ne se confond pas avec le langage ; elle n'en est qu'une partie déterminée, essentielle, il est vrai. C'est a la fois un produit social de la faculté du langage et un ensemble de conventions nécessaires, adoptées par le corps social pour permettre l'exercice de cette faculté chez les individus." (*de Saussure* 1965: 25 [Unterstrichen im Original]).

294 In diesen Sätzen ist es besser, die französischen Signifikante beizubehalten, da auf Deutsch der Signifikant ‚Sprache' sowohl für langue als auch für langage benutzt wird und deshalb in diesem Fall zu ungenau erscheint.

295 „On peut la [la langue] localiser dans la portion déterminée du circuit ou une image auditive vient s'associer a un concept. Elle est la partie sociale du langage, extérieure a l'individu, qui a lui seul ne peut ni la créer ni la modifier; elle n'existe qu'en vertu de une sorte de contrat passe entre les membres de la communauté." (*de Saussure* 1965: 31 [Unterstrichen im Original]).

296 „Tandis que le langage est hétérogène, la langue ainsi délimitée est de nature homogène: c'est un systeme de signes ou il n'y a d'essentiel que l'union du sens et de l'image acoustique." (*de Saussure* 1965: 32 [Unterstrichen im Original]).

297 „La langue n'est pas moins que la parole un objet de nature concrète, et c'est un grand avantage pour l'étude. Les signes linguistiques, pour être essentiellement psychiques, ne sont pas des abstractions; les associations ratifiées par le consentement collectif, et

ren sich auf diese Weise, verlieren an Abstraktion und sehen sich immer wieder und erneut bestätigt. Es bleibt kein sprachlicher Platz jenseits dieses geschlossenen und positiven Zeichensystems. “In defining its object of study, the social or communal system of language, Saussure’s linguistics used a humanist notion of society, and supposed that anything social was homogeneous and held in common by everyone.”[298] Vereinfacht lässt sich feststellen, dass diese zentristische Haltung Ende der 1960er Jahre infrage gestellt wurde, was zu neuen Diskurskonzeptionen führte. Einige der gestellten Fragen erklären die weitere Entwicklung dieser Diskurstheorie.

Wenn die Sprache und ihre Zeichen einheitlich und ‚friedlich‘ sind, wenn diese Sprache Diskurse bildet und diese Diskurse dann aber auch einheitlich und ‚friedlich‘ zirkulieren, welcher Raum besteht dann für Innovation und Kritik? Konflikte entstehen durch und innerhalb von Sprache und Diskurs. Konflikte ‚benötigen‘ ebenfalls einen Raum, den eine strukturalistische geschlossene, homogene Konzeption der Sprache nicht gewährt. “Ignoring all conflicts linked (however indirectly) to the class struggle, it was led to ignore even the differences and conflicts between discourses. Indeed, this linguistics, and especially structuralism in seeking a common structure for narratives or myths that would be valid for all time, evacuated history and change, and thereby offered little challenge to the humanist notion of timeless human nature.”[299] Der Klassenkampf ist nur ein Beispiel für einen Konflikt, der durch und über Sprache und Diskurse zirkuliert bzw. zirkulieren kann. *Torfing* sieht den Grund für die Unveränderlichkeit der saussureschen Sprache in ihrer rein formellen Konzeption des Zeichens und seines komplexen Zeichensystems.

> *“However, things are different when we move from the analysis of language to the analysis of discursive systems of social relations, which are often subject to change due to the impact of social conflict and political struggles […] The conception of social relations as an open and decentred matrix became fashionable during the 1970s among a large group of post-structuralist theorists, who tended to define their object of analysis in terms of discourse.”*[300]

Ein poststrukturalistisches Konzept des Zeichens beinhaltet die Feststellung, dass das Sprachsystem als offen und dezentriert zu verstehen ist. Diese Behauptung soll als eine Erwiderung auf den oder gar Überwindung des Strukturalismus von *de Saussure* verstanden werden, vielleicht sogar als eine Art Zu-

---

dont l’ensemble constitue la langue, sont des réalités qui *ont leur siège dans le cerveau.“* (*de Saussure* 1965: 32 [Unterstrichen im Original]).

[298] *Macdonell* 1986: 11.

[299] *Macdonell* 1986: 11.

[300] *Torfing* 1999: 89 f.

spitzung seiner Postulate, wie von *Derrida* entnommen werden kann.[301] Die offene dezentrierte Konzeption sozialer Beziehungen verschiebt sich zum Sprachkonzept, das dann den Diskurs zu einer Kette von unendlichen Verbindungsmöglichkeiten der sprachlichen Signifikanten macht. Mit dieser Konzeption gehen Kontingenz, Relativität der Diskurselemente und Polysemie einher.

Eine Kritik im Bezug auf den Zeichenbegriff von *de Saussure* ist diejenige, dass „das Signifikat nur noch als Effekt der Kombination von Signifikanten gedacht werden kann",[302] da die Sprache ein System von kombinierten differenziellen Elementen sei und diese Elemente nur durch ihren relativen Wert in diesem System eine Bedeutung erhielten. Wenn sich Signifikate implizit immer auf das nächste Signifikat beziehen, weil sie ständig von Signifikant zu Signifikant verschoben werden, erzeugen sie „Sinn" in einer „nie abschließbaren Kette von Verweisungszusammenhängen".[303] Das Zeichen wird dann zum Namen einer unmöglichen „*suture*" zwischen Signifi*kat* und Signifi*kant*.[304] Dieses ständige Spiel von Verschiebung und Differenzierung der Zeichen ist die „*différance*" von *Derrida*, die „nicht einfach ein Begriff, sondern die Möglichkeit der Begrifflichkeit, des Begriffsprozesses und –systems überhaupt" darstellt.[305]

> *„Das Spiel der Differenzen setzt in der Tat Synthesen und Verweise voraus, die es untersagen, dass zu irgendeinem Moment, in irgendeinem Sinn ein einfaches Element sich selbst präsent ist und nur auf sich selbst verweist. Sei es im Bereich des gesprochenen oder des geschriebenen Diskurses, kein Element kann als Zeichen funktionieren, ohne auf ein anderes Element zu verweisen, das selbst nicht einfach präsent ist. Diese Verkettung bewirkt, dass jedes ‚Element' – Phonem oder Graphem – sich konstituiert, ausgehend von der Spur in ihm, die andere Elemente der Kette oder des Systems hinterlassen haben. Diese Verkettung, dieses Gewebe ist der Text, der sich nur in der Transformation eines anderen Textes produziert. Nichts ist, sei es in den Elementen, sei es im System, nirgendwo und niemals einfach gegenwärtig oder abwesend. Es gibt auf allen Seiten nur Differenzen von Differenzen und Spuren von Spuren."*[306]

Die metaphorischen Signifikanten behalten durch versteckte metonymische Verweise ihre alten Bedeutungen bei und erzeugen auf diese Weise unvermeidbare Polysemien.[307] Wenn im Bundestag oder in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts etwa von ‚Sicherheit' die Rede ist, ist nicht nur *eine* ‚Si-

---

[301] *Dosse* 1997: 42, 32 ff.
[302] *Sarasin* 2001: 64.
[303] *Sarasin* 2001: 64.
[304] *Laclau/Mouffe* 1985: 113.
[305] *Derrida* [1972] 1976: 16.
[306] *Derrida* 1975: 152 f.
[307] *Sarasin* 2001: 65.

cherheit‘ gemeint (die ‚Sicherheit‘ der Bevölkerung, von eventuellen Opfer oder etwa des Rechtsstaates), sondern eine unendliche Verkettung von ‚Sicherheiten‘, die bereits seit jeher im Begriff ‚Sicherheit‘ enthalten ist und zu Überschneidungen führt. Die Unbestimmtheit des Begriffs zersplittert sich daher exponentiell. Diese zersplitterte Bedeutung der ‚Sicherheit‘, die einer der Hauptzwecke des gegenwärtigen ‚Gefährdungsrechts‘ zu sein scheint, wird in der Diskursanalyse zu untersuchen sein.

Differenzen, *différance* und Polysemie negieren die Möglichkeit eines metaphysischen Absoluten und bestätigen auf diese Weise die Kontingenz der Sprache und des Diskurses, die in jedem Moment in ihrer Abwesenheit und Anwesenheit vergegenwärtigt wird.[308] Im Signifikant ‚Gefährder‘ werden ‚Verbrecher‘, ‚Feinde‘ und ‚Risiken‘ u.a. vereint und zugleich ‚Bürger‘, ‚Sicherheit‘ und ‚Allgemeinwohl‘ verneint. Somit stellt jedes einzelne dieser Signifikanten zugleich die Anwesenheit als auch die Abwesenheit anderer Signifikanten dar, mit denen es in einer Wechselwirkung steht.

Es bestehen nicht zwei Ebenen von „Wesen“ und „Erscheinung“,[309] sondern eine unendliche, unvermeidbare Verkettung von Differenzen, die eine absolute Identität unmöglich machen. Die Sprache ist ein System von Differenzen, in dem die Identität der Elemente rein relational ist.[310] Diese Differenziertheit und gegenseitige Abhängigkeit der diskursiven Elemente führt in gewisser Weise zum Anschein einer inhaltlich feststehenden Bedeutung und einer Fixierbarkeit**.** Es wird z.B. immer wieder auf den ‚Rechtsstaat‘ verwiesen als Rahmen, Leitlinie oder auch als Rechtfertigung für eine bestimmte Gesetzgebung. Die ohnehin schon multiple Deutigkeit dieses rechtlichen und politischen Konstrukts wird in der Diskursanalyse auch aus sprachlicher Sicht vervielfacht – und in diesem Fall *ad infinitum*. Wenn ‚Rechtsstaat‘ diskursiv polysemisch ist, was ist dann tatsächlich darunter zu verstehen? Um eine absolute Sinnlosigkeit zu vermeiden, wird von der Illusion der Bedeutung und der

---

[308] Diese Kontingenz, diese Unmöglichkeit der sprachlichen Eindeutigkeit, führt Derrida auf die Suche nach den epochalen Grenzen hin. „Ich würde zunächst sagen, daß die *différance*, die weder ein Wort noch ein Begriff ist, mir strategisch am besten geeignet schien, das Irreduzibelste unserer ‚Epoche‘ zu denken, wenn nicht zu beherrschen – das Denken mag hier das sein, was sich in einem bestimmten notwendigen Verhältnis zu den strukturellen Grenzen der Herrschaft ansiedelt. Ich gehe also, strategisch, von dem Ort und dem Zeitpunkt aus, wo ‚wir‘ sind, obgleich mein erster Schritt in letzter Instanz nicht zu rechtfertigen ist und wir, immer von der *différance* und ihrer ‚Geschichte‘ her, zu erfahren suchen können, wer und wo ‚wir‘ sind, und was die Grenzen einer ‚Epoche‘ sein könnten.“ (*Derrida* [1972] 1976: 11). Wir bewegen uns dann vom Diskurs zur Sprache und von der Sprache zur Kontingenz der Epochen und der Instabilität ihrer Aussagen.

[309] *Sarasin* 2001: 67.

[310] *Laclau/Mouffe* 1987: 9.

Möglichkeit einer Fixierbarkeit der Sprache ausgegangen. Die Bedeutung und Fixierbarkeit werden hierbei entsprechend der Regeln des Diskurses, also nach der autoritativen Macht des Diskurses und seiner Sprecher festgelegt (Gesetzgeber, Bundesverfassungsgericht etc.).

Ernesto Laclau bezeichnet diesen Zusammenhang als „*constitutive distorsion*“. Damit verschiebt sich die Argumentationslinie, indem sie nicht länger auf reine sprachliche Strukturen, sondern auf soziologische Strukturen angewendet wird. Die *distorsion* einer originären Bedeutung schafft die Illusion von Vollständigkeit und Durchsichtigkeit.[311] Man akzeptiert den unvollständigen Charakter aller diskursiven Fixierungen und den relationalen illusorischen Charakter jeder Identität: “The ambiguous character of the signifier, its non-fixation to any signified, can only exist insofar as there is a proliferation of signifieds. It is not the poverty of signifieds but, on the contrary, polysemy that disarticulates a discursive structure. That is what established the overdetermined, symbolic dimension of every social identity.”[312] Hiernach ist jede soziale Praktik „*articulatory*“, da sie immer in der Konstruktion neuer Differenzen und in einer unvollständigen Sinnbestimmung liegt.[313] Somit bewegt sich die Argumentation erneut auf den beiden Ebenen Sprache und Gesellschaft und macht deutlich, dass sowohl in dem einen als auch in dem anderen Bereich das Differenzenspiel und die Unvollständigkeit der Identität zur Idee der Exteriorität führen. “All identities and all values are constituted by reference to something outside them, which has the character of a subversive margin preventing the possibility of an ultimate fixity.”[314] Da Identitäten und Werte – sowohl linguistischen als auch sozialen – nur in Bezug auf etwas Externes bestehen, sind sie nicht nur differenziell, sondern auch relativ.[315]

“There is no identity which can be fully constituted. This being so, all discourse of fixation become metaphorical.”[316] Die Metaphern, die im Strafrechtsdiskurs als geschlossene Begriffe präsentiert werden, müssen deshalb *geöffnet* werden, um die Multiplizität und Unbestimmtheit ihrer Bedeutungen zugänglich zu machen. Gesetze, Protokolle und Urteile beinhalten eine bestimmte – endliche – Zahl von Begriffen, die nur eine bestimmte – endliche – Zahl von Bedeutungen hätten. Wenn man bedenkt, dass all diese Begriffe kombinierbar und polysemisch sind und eigentlich nur Metaphern sein kön-

---

311 *Laclau* 1996a: 205.

312 *Laclau/Mouffe* 1985: 113.

313 *Laclau/Mouffe* 1985: 113.

314 *Torfing* 1999: 6.

315 *Benveniste* 1971: 47 f. Und dies kann als eine Bestätigung von der Instabilität des Zeichens und des Diskurses und von der diskursiven und sozialen Interdependenz gelesen wird (*Laclau/Mouffe* 1985: 105 f.).

316 *Laclau/Mouffe* 1985: 110/111.

nen, folgt daraus zwingend, dass im Grunde eine unendliche Zahl an Bedeutungen im Spiel ist und diese Bedeutungen unendliche Auswirkungen haben können. Zu welchen Aussagen gelangt der Strafrechtsdiskurs, wenn Richter die ‚Bedrohungslage' ‚beherrschen' oder wenn Parlamentarier die ‚organisierte Kriminalität' ‚bekämpfen' wollen? Da werden Metaphern besprochen, die allerdings zugleich eine Aussage darüber treffen, was *nicht* besprochen wird und was diese Metaphern *nicht* sind. „Negativity" ist damit ein Teil jeder Identität und ihre „*constitutive outside*".[317] Nicht positiv wird Identität und Bedeutung geschaffen, sondern erst über den negativen Bezug dazu, was „*nicht* ist".[318] Man kann in diesem Punkt auch auf *Derrida* verweisen: „Die Grammè als Differänz ist nun eine Struktur und eine Bewegung, die es nicht mehr zulassen, sie ausgehend von der Opposition Präsenz/Abwesenheit zu denken. Die Differänz ist das systematische Spiel der Differenzen, der Spuren von Differenzen, der Verräumlichung (espacement), durch die die Elemente sich gegenseitig aufeinander beziehen".[319]

Das Gegenteil der Differenzketten sind die Äquivalenzketten, die immer und nur im Bezug auf etwas, das nicht zur Differenzkette gehört, bestimmt werden können.[320] Ein von *Laclau* und *Mouffe* illustriertes Beispiel ist die Beziehung zwischen Kolonist und Kolonisiertem. Alle Angaben, die sich auf den Unterschied zwischen beiden beziehen (Hautfarbe, Kleidung etc.), sind unterschiedlich. Sie sind jedoch insofern äquivalent, als sie die gemeinsame Differenzierung Kolonist/Kolonisierter aufzeigen. Durch ihre Äquivalenz verlieren diese Angaben ihre differenzielle Bedingung: "The differences cancel one other out insofar as they are used to express something identical underlying them all. The problem is to determine the content of that 'identical something' present in the various terms of the equivalence."[321] Diese Bestimmung basiert

---

317 *Laclau* 1990: 4, 9, 18.

318 *Hirseland/Schneider* 2001: 389.

319 *Derrida* 1975: 153. Auf Deutsch wird Differänz statt Differenz geschrieben, um den Unterschied, den *Derrida* bei seinem Neologismus betont (*différance* statt *différence*), auch deutlich zu machen. Im Folgenden wird immer Differänz benutzt, wenn die *différance* von *Derrida* gemeint ist. *Derrida* sieht die *différance* nicht nur in der Sprache, sondern im Leben überhaupt: „Das Leben schützt sich zweifellos mit Hilfe der Wiederholung, der Spur und des Aufschubs (*différance*). Vor dieser Formulierung muß man sich aber in acht nehmen: es gibt nicht *zunächst* präsentes Leben, das sich *anschließend* zu schützen, zu verzögern und im Aufschub vorzubehalten begänne. Der Aufschub bildet das Wesen des Lebens. Vielmehr: da der Aufschub (*différance*) kein Wesen ist, weil er nichts ist, ist er nicht das Leben, wenn Sein als *ousia*, Präsenz, Wesenheit/Wirklichkeit, Substanz oder Subjekt bestimmt wird. Das Leben muß als Spur gedacht werden, ehe man das Sein als Präsenz bestimmt." (*Derrida* [1966] 1972: 311). Dasselbe gilt für die Sprache.

320 *Laclau/Mouffe* 1985: 127 ff.

321 *Laclau/Mouffe* 1985: 127.

auf dem gemeinsamen Bezug zu etwas Externem und Negativem, das aufzeigt, was man nicht ist.[322] Der Kolonist ist diskursiv konstruiert als der Antikolonisierte und nur dadurch als begriffliche Einheit bestimmbar.[323] Dieses Muster wird uns teilweise in der Analyse wieder begegnen, wenn ‚Verbrecher', ‚Bürger', ‚Sicherheit' etc. in ihren Äquivalenzen und Oppositionen untersucht werden. Dabei wird zu sehen sein, dass ein ‚Gefährder' erst als *constitutive outside* von etwa ‚Bürger', ‚Verbrecher' und ‚Sicherheit' konstruiert wird.

Die Logik der Exteriorität und des *constitutive outside* ist nicht nur auf die Elemente des Diskurses anwendbar, sondern auch für den Diskurs selbst, insofern er als System zu sehen ist. Die Exteriorität eines Diskurses und seine *constitutive outside* erfordern Grenzen, die nicht neutral sein können: Sie gehen von einer Exklusion aus und sind daher immer *antagonistics*.[324] Alles, was nicht „außen" ist, gehört zum Diskurs. Alles, was zum Diskurs gehört, fällt in die Mehrdeutigkeit (*ambiguity*) und ist in mehreren Äquivalenzenketten einzuordnen. Diese begriffliche Mehrdeutigkeit verhindert jedoch Eindeutigkeit, Fixierbarkeit und Geschlossenheit.

> *"The condition, of course, for this operation to be possible is that what is beyond the frontier of exclusion is reduced to pure negativity – that is to the pure threat that what is beyond poses to the system (constituting it that way). If the exclusionary dimension was eliminated, or even weakened, what would happen is that the differential character of the 'beyond' would impose itself and, as a result, the limits of the system would be blurred.* Only if the beyond becomes the signifier of pure threat, of pure negativity, of the simply excluded, can there be limits and system (that is an objective order). *But in order to be the signifiers of the excluded (or, simply of exclusion), the various excluded categories have to cancel their differences through the formation of a chain of equivalences to that which the system demonizes in order to signify itself. Again, we see here the possibility of an empty signifier announcing itself through this logic in which differences collapse into equivalential chains."*[325]

Alles, was am Differenzierungsspiel nicht teilnimmt, stellt dessen Unterbrechung sowie Streichung dar und ist das reine Prinzip der Positivität: „*pure being*".[326] Diese Unmöglichkeit des Bezeichnens charakterisiert den leeren Signifikanten.[327] Es geht um einen Signifikanten, der die Grenzen des Systems darstellt. Auch wenn er selbst aus dem System der Differenz entstammt, reprä-

---

[322] *Laclau/Mouffe* 1985: 128.
[323] *Laclau* 1996: 39.
[324] *Laclau* 1996: 37.
[325] *Laclau* 1996: 38/39 [Hervorhebung hinzugefügt].
[326] *Laclau* 1996: 38.
[327] *Laclau* 1996: 37.

sentiert er zugleich die Auslöschung aller Differenzen.[328] *Nonhoff* führt diesbezüglich den „geleerten Signifikanten" ein, wobei er nicht mehr den kontingenten Zustand, sondern die damit verbundenen „hegemonialen Prozesse"[329] der Entleerung akzentuiert. Die Differenziertheit und das ständige Verschiebungsspiel der Signifikanten finden ihre Grenzen genau dort, wo sich die Exteriorität und ihre exkludierende Kraft zeigen; genau dort, wo Antagonismus als Basis hegemonialer Beziehungen auftritt. Ein Beispiel dafür bietet Laclau mit dem Signifikanten „order". In diesem können ebenso ‚Sicherheit' und ‚Allgemeinwohl' statt nur ‚Ordnung' gelesen werden. Um das Beispiel auf die vorliegende Untersuchung in gleicher Weise anzuwenden:

> *"'Order' as such has no content, because it only exists in the various forms in which it is actually realized, but in a situation of radical disorder 'order' is present as that which is absent; it becomes an empty signifier, as the signifier of that absence. In this sense, various political forces can compete in their efforts to present their particular objectives as those which carry out the filling of that lack. To hegemonize something is exactly to carry out this filling function."*[330]

Der Diskurs in dieser sprachlichen Deutung ist nicht nur offen und dezentriert, sondern gerade aufgrund derselben polysemisch und instabil. *Nonhoff* spricht sogar von der „Volatilität eines Signifikationsprozesses".[331] In einem Feld von grundsätzlicher Unentscheidbarkeit findet die Konstruktion von Sinn und Bedeutung statt, die einer doppelten Logik folgt: der Äquivalenzlogik und der Differenzlogik.[332] Der Diskurs wird deshalb auch von Signifikanten formiert, die durch hegemoniale Beziehungen geleert und durch politische Entscheidungen gefüllt werden, wie aus dem Zitat von *Laclau* zu entnehmen ist. ‚Sicherheit' ist ein Signifikant, dessen positive Bedeutung schwer greifbar ist. ‚Sicherheit' wird vielmehr als ‚Nichtunsicherheit', als ‚Nichtbedrohung' und als ‚Nichtgefährdung' definiert, d.h. durch seine Oppositionsbegriffe. Die Entscheidung, was unter ‚Sicherheit' zu verstehen ist, wird deshalb politisch gefällt, indem die Politik die ‚Unsicherheit', die ‚Bedrohung' und die ‚Gefährdung' als *konstitutives Außen* definiert. Erst durch die Analyse wird deutlich, dass die Figur des ‚Gefährders' Quelle von ‚Unsicherheit' ist. Dies bedeutet nicht, dass der ‚Gefährder' tatsächlich einen Schaden verursacht, sondern ausschließlich, dass er als Faktor von z.B. ‚Unsicherheit', ‚Bedrohung' und Gefährdung' konstruiert wird.

---

[328] *Nonhoff* 2001: 201.
[329] *Nonhoff* 2001: 204.
[330] *Laclau* 1996: 44.
[331] *Nonhoff* 2001: 198.
[332] *Hirseland/Schneider* 2001: 390 ff.

Dem Diskurs wird nur aufgrund einer kontingenten Fixierbarkeit, die allerdings rein illusorisch bleibt, Sinn beigemessen. Für das eigene Fortbestehen und die Einheit ist der Diskurs auf die Grenzen des Antagonismus und der Negativität seines Selbst angewiesen. Es ist immer eine antagonistische Beziehung notwendig.[333] Dies ist auch eine sprachliche Begründung dafür, warum der Strafrechtsdiskurs besonders vorsichtig bei der Fixierung und Bestimmung seiner Grenzen sein sollte: weil das Strafrecht nicht nur sprachliche, sondern vor allem physische Gewalt ausübt. Die Grenzen, die vom Strafrechtsdiskurs gezogen werden, sind jedoch nicht nur sprachlicher und diskursiv-materieller Natur. Die festzulegenden Grenzen, welche dem ‚Gefährder' als ‚Nichtbürger' kaum Rechte zuordnen, haben körperliche Auswirkungen, wie etwa die unbegrenzte Wegsperrung oder die Aufhebung der intimsten Persönlichkeitsrechte, die auf der illusorischen und kontingenten Fixierbarkeit des Diskurses basieren. Wenn der Signifikant ‚Sicherheit' zum Zweck des Strafrechts deklariert wird, wird das Strafrecht auf einen Zweck fixiert, der ohne Zweifel eine sehr schwache und zugleich sehr diffus rechtfertigende Basis hat.[334]

Polysemie und Instabilität zeigen sich nach dieser Diskursdefinition, die als theoretische Grundlage der vorliegenden Analyse dient, als eigentümliches Merkmal des diskursiven Feldes.

2.2.2. Wahrheit und Wirklichkeit

Nach der zweiten Diskursdefinition werden Wahrheit und Wirklichkeit diskursiv hervorgebracht und materialisiert. Diese *Produktion* hat in der diskursiven Praxis, die „von einer diskursiven Sprache überzogen" ist, einen Raum, aber kein „absolutes Subjekt".[335] Über diesen mit Sprache verknüpften, materiellen Aspekt des Diskurses sagt *Derrida*: „Es gibt kein Subjekt, das Handlungsträger, Erzeuger und Herr der Differänz ist und auf das sie möglicherweise und empirisch folgen würde. Die Subjektivität – als Objektivität – ist ein Effekt der Differänz, ein Effekt, der in das Differänzsystem eingeschrieben ist."[336] Diese Sprache, die ein materielles *Transportmittel* des Diskurses ist, ist offen, dezentriert, kontingent und polysemisch. Die sprachliche Fähigkeit, durch den Diskurs materielle und räumliche Wahrheit und Wirklichkeit zu schaffen, ist das Thema des folgenden Abschnitts.

---

[333] *Hirseland/Schneider* 2001: 389.

[334] Dass ‚Sicherheit' kein gültiger Zweck des Strafrechts sein darf, wird demzufolge eine der Thesen dieser Studie sein.

[335] *Foucault* 1974: 41.

[336] *Derrida* 1975: 155.

2.2.2.1. Wahrheit

Foucault stellt in *Die Ordnung des Diskurses* seine Hypothese über den Diskurs und über seine Produktion wie folgt dar: „Ich setze voraus, daß in jeder Gesellschaft die Produktion des Diskurses zugleich kontrolliert, selektiert, organisiert und kanalisiert wird – und zwar durch gewisse Prozeduren, deren Aufgabe es ist, die Kräfte und die Gefahren des Diskurses zu bändigen, sein unberechenbar Ereignishaftes zu bannen, seine schwere und bedrohliche Materialität zu umgehen."[337] Damit will *Foucault* die Kontingenz des Diskurses und seine Bindung zu den Machtentscheidungen betonen, indem er gültige Diskursproduktionsprozeduren, d.h. Herstellungs-, Kontroll- und Absageformen eines Diskurses benennt. Diese Verknüpfung von Diskurs und Wahrheit ist in einem sieben Jahre später verfassten Text explizit analysiert worden. „Wir leben in einer Gesellschaft, die weitgehend auf der ‚Wahrheitstour' läuft – ich meine, die Diskurs mit Wahrheitsfunktion produziert und in Umlauf setzt, der als solcher gilt und damit über spezifische Mächte verfügt. Die Einsetzung ‚wahrer' Diskurse (die übrigens unablässig wechseln – *instabil* –) ist eines der Grundprobleme des Abendlandes".[338] Der Diskurs als Praxis zeigt sich in den Machtpraktiken, die einen unleugbaren Wahrheitsanspruch haben. Dieser Wahrheitsanspruch und diese Wahrheitsschaffung durch den Diskurs ähneln eher der bereits analysierten laclauschen Idee, die die Sinn- bzw. Bedeutungsbestimmung und die Füllung der leeren Signifikanten als politische Entscheidung und hegemoniale Praxis versteht.[339] Auch Foucault geht in die gleiche Richtung:

> *„Wichtig ist, so glaube ich, daß die Wahrheit weder außerhalb der Macht steht noch ohne Macht ist (trotz eines Mythos, dessen Geschichte und Funktionen man wiederaufnehmen müsste, ist die Wahrheit nicht die Belohnung für freie Geister, das Kind einer langen Einsamkeit, das Privileg jener, die sich befreien konnten). Die Wahrheit ist von dieser Welt; in dieser wird sie aufgrund vielfältiger Zwänge produziert, verfügt sie über geregelte Machtwirkungen. Jede Gesellschaft hat ihre eigene Ordnung der Wahrheit, ihre ‚allgemeine Politik' der Wahrheit: d.h. sie akzeptiert bestimmte Diskurse, die sie als wahre Diskurse funktionieren läßt; es gibt Mechanismen und Instanzen, die eine Unterscheidung von wahren und falschen Aussagen ermöglichen und den Modus festlegen, in dem die einen oder anderen sanktioniert werden; es gibt bevorzugte Techniken und Ver-*

---

337 *Foucault* 1999: 7.
338 *Foucault* 1978a: 178.
339 *Laclau* 1996.

fahren zur Wahrheitsfindung; es gibt einen Status für jene, die darüber zu befinden haben, was wahr ist und was nicht."[340]

In diesem Abschnitt lassen sich die Argumente erkennen, die erklären, warum sich die Diskursanalyse für die Untersuchung des gegenwärtigen Strafrechts, seiner Figuren und seines Instrumentariums eignet. Die *Ordnung der rechtlichen Wahrheit* ist innerhalb der deutschen Gesellschaft durch bestimmte Diskurse geprägt, die von dieser Gesellschaft als wahre Diskurse akzeptiert werden: durch die Gesetzgebung und vor allem die Urteile des Bundesverfassungsgerichts. Die Verabschiedung von Gesetzen und die Überprüfung ihrer Verfassungskonformität sind *Mechanismen und Instanzen*, die zwischen wahren und falschen Aussagen unterscheiden. Hierbei lassen sich folgende, *wahre* Aussagen feststellen: Verfassungswidrige Gesetze, die eine polizeiliche Unterbringung vorsehen, dürfen weiterhin gelten; Gesetze zur Einsperrung von hoch gefährlichen Straftätern dürfen auch rückwirkend angewendet werden; die Unverletzlichkeit der Wohnung ist verletzlich; ‚Verbrecher' haben Rechte, ‚Gefährder' haben keine. *Falsch* sind hingegen folgende Aussagen: Adressaten des Strafrechts behalten ihre verfassungsrechtlichen Rechte; die Einsperrung einer Person soll auf einem gültigen, verfassungskonformen Gesetz beruhen. Ob eine Aussage *wahr* oder *unwahr* ist, beruht dabei letzten Endes lediglich darauf, ob sie von den akzeptieren Mechanismen und Instanzen gemacht wird, d.h. grundsätzlich vom Bundesverfassungsgericht.

Diese materielle Konzeption des Diskurses als wirklichkeits- und wahrheitsherstellende Praxis betont die Form, in der Wahrheitsproduktion und gesellschaftliche Machtmechanismen gekoppelt sind.[341] Der Diskurs führt durch seine Wahrheitsproduktion zu „systematischen Disqualifizierungen und sozialen Ausgrenzungsprozesse".[342] Wenn davon auszugehen ist, dass „die politische Frage […]die Wahrheit selbst" ist,[343] und Wahrheit durch Diskurse produziert wird, bleibt lediglich folgende Frage: Wie bringen – politische – Diskurse diese ausgrenzende, disqualifizierende Wahrheit hervor? *Foucault* behauptet, dass Diskurse durch bestimmte Prozeduren kontrolliert werden, um u.a. die bedrohliche Materialität zu umgehen.[344] Wenn Diskurse kontrolliert werden, wird auch die durch sie geschaffene Wahrheit kontrolliert. Wenn Diskurse eine Materialität haben, hat auch die Wahrheit eine bestimmte Materialität. Wenn nicht Diskurse, sondern ihre Materialität zu kontrollieren ist, steht dann nicht ihre Wahrheit, sondern vielmehr ihre Materialität im Visier

[340] *Foucault* 1978: 51.
[341] *Lemke* [1997] 2002: 329.
[342] *Lemke* [1997] 2002: 329.
[343] *Foucault* 1978: 54.
[344] *Foucault* 1999: 7.

der Kontrollinstanzen. Könnte es dann sein, dass Diskurse eine Wahrheit durch die der Diskurse eigenen „Materialisierung" schaffen? Wenn dem so wäre, wäre diese Materialität der Diskurse die Antwort auf die Wahrheitsproduktion: Der Diskurs bringt Wahrheit hervor, indem er sich ‚materialisiert'. Die wahren Aussagen werden erst wahr, wenn sie in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts niedergeschrieben sind. Diese Lösung würde dann aber ein noch komplizierteres Problem hervorbringen: Inwieweit ist diese Materialität kontingent, dezentriert, offen und polysemisch? Inwieweit lässt sich diese vom Diskurs produzierte, materielle Wahrheit widerlegen?[345]

Diese Frage führt folglich zum Bedarf der Analyse der Materialität des Diskurses.

2.2.2.2. Diskursivität und Nichtdiskursivität

Bevor auf die Materialität des Diskurses eingegangen werden kann, sind noch weitere Annahmen zu erörtern, die als Scharnier zwischen der Wahrheits- und der Materialitätsfrage dienen – die diskursiven und nichtdiskursiven Praktiken.

Wenn *Lemke* die Problematik der Wahrheit in foucaultschen Arbeiten analysiert, warnt er vor mehreren Missverständnissen, die oft bei der Lektüre von *Foucault* auftreten. Eine seiner Warnungen bezieht sich auf die Frage der Wahrheit als diskursives Produkt. Das Missverständnis würde darin bestehen, „die Wahrheitsspiele mit den diskursiven Praktiken zu identifizieren".[346] Beides ist nicht nur nicht gleich, sondern Diskurse allein konstituieren keineswegs Wahrheit. Wahrheit sei im foucaultschen Sinne nicht allein Resultat von diskursiven Praktiken. Wahrheit werde in einem Feld produziert, das diskursive *und* nichtdiskursive Praktiken umfasse: „Die Formierung von Subjekten und Objekten ist daher kein idealer Prozess, der sich im Inneren von Diskursen abspielt, sondern umfasst das komplexe Zusammenspiel von Diskursen, Machtpraktiken und Selbstpraktiken."[347] Diese Behauptung von *Lemke* setzt allerdings voraus, dass es überhaupt diskursive und nichtdiskursive Praktiken gibt. Diese fast unerlässlich erscheinende Frage in Anknüpfung an *Foucaults* Analyse wird im Folgenden erörtert.

Die Annahme, dass Diskurse Wahrheit produzieren, bedeutet aber nicht, dass nur Diskurse oder nur diskursive Praktiken Wahrheit hervorbringen. Das soll heißen, dass auch nichtdiskursive Praktiken dabei mitwirken.

---

345 Die Frage nach den Widerstandsmöglichkeiten gegenüber Diskursen kann so als Hintergrund und mittelbarer Ziel dieser Arbeit gelesen werden.

346 *Lemke* [1997] 2002: 334.

347 *Lemke* [1997] 2002: 334/335.

Was aber sind diese nichtdiskursiven Praktiken? *Krasmann* schlägt mit der Figur der „Simultaneität" einen Weg vor, um die Sackgasse der scheinbaren Gegensätzlichkeit zwischen dem Diskursiven und dem Nichtdiskursiven zu überwinden. Simultaneität markiert nach *Krasmann* „den zentralen Kreuzungspunkt, über den sich die nicht auflösbare Verknüpfung zwischen dem Diskurs und seinem Schatten, dem, was nicht unmittelbar Diskurs ist, erhellen läßt. Es ist die Verflechtung von Diskursivem und Nicht-Diskursivem".[348] Hiernach gibt es keinen Gegensatz zwischen Diskursivität und Nichtdiskursivität. Bei der Differenzierung geht es eher um eine analytisch kategoriale Trennung, die der Klärung der Frage der Formationsbedingungen eines Diskurses und seiner Wahrheit dient. Es wird nur eine analytische Unterscheidung vorgenommen, weil die Praktiken, die als *nichtdiskursiv* gelten, *auch diskursiv* sind. Jede Praktik ist diskursiv, weil jede Praktik innerhalb eines bestimmten Diskurses ausgeübt wird. Dabei sind nur einige, aber keineswegs alle Diskurse betroffen. Nicht alle Diskurse sind gleichzeitig und fortdauernd Rahmen und Gegenstand jeder Praktik. Deswegen steht nicht jede Praktik im Zusammenhang mit jedem Diskurs. Bezüglich des Diskurses, im Rahmen dessen sie an Bedeutung gewinnen, die aber auch erzeugen, sind die Praktiken *diskursiv*. Im Gegensatz dazu sind sie bezüglich der Diskurse *nichtdiskursiv*, mit denen sie keinen Kontakt haben. Die Frage nach der Diskursivität oder Nichtdiskursivität einer Praktik ist deshalb immer relativ. Sie hängt davon ab, mit Blick auf welchen Diskurs die jeweilige Praktik betrachtet wird. Eine psychophysische Untersuchung eines Gefangenen ist eine nichtdiskursive Praktik, die aber diskursiv wird, sobald die Ergebnisse der Untersuchung als Grundlage für eine ‚Gefährlichkeitsprognose' und daher für die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung verwendet werden. Die gleiche Logik gilt für die Frage der Diskursivität oder Nichtdiskursivität von Wirklichkeit und Wahrheit. Wahrheit wird vom Diskurs, aber auch z.B. von institutionellen, technischen und ökonomischen Beziehungen geschaffen, die in Bezug auf ihren entsprechenden Diskurs extradiskursiv sind. Es sind die nichtdiskursiven Praktiken, die diese Wahrheit ‚mithergestellt' haben. „Sie sind nicht eigentlicher Bestandteil, sondern bilden die dem Diskurs äußerlichen Faktoren. Das heißt nicht, daß sie außerhalb des Diskurses liegen, denn sie sind immer auch in spezifische Diskurse eingebunden, von deren Wirken man sie nicht trennen kann."[349] In diesem Kontext

[348] *Krasmann* 1995: 240.

[349] *Krasmann* 1995: 243. Das *Spiel der Abhängigkeiten*, die es zwischen den diskursiven Formationen und ihren Objekten bzw. ihrer Wahrheit gibt, ist von *Foucault* in drei Gruppen von Dependenzen eingeordnet worden: *Intradiskursive Dependenzen* zwischen den Objekten, den Operationen und den Begriffen einer selben Formation, *interdiskursive Dependenzen* zwischen verschiedenen Diskursformationen, und *extradiskursive Dependen-*

muss die Kritik von *Laclau* und *Mouffe* verstanden werden.[350] Sie werfen *Foucault* vor, von nichtdiskursiven Praktiken zu sprechen.[351] Nach der hier auch vertretenen Idee von *Krasmann* ist eine solche Kritik jedoch substanzlos, da sich *Foucault* immer auf konkrete Diskurse bezieht und nicht von allgemein nichtdiskursiven Praktiken spricht.[352]

Laclau und *Mouffe* sowie *Krasmann* betonen in ihren Analysen zwei wichtige Aspekte im Zusammenhang mit der Diskursivität: 1. Obwohl es in jedem bestimmten Feld diskursive und nichtdiskursive Praktiken gibt, werden jedoch alle Praktiken in einem diskursiven Feld erzeugt, entwickelt und materialisiert. 2. Die Diskursivität der Wirklichkeit ist nicht gleichzusetzen mit der Diskursivität der Materie. *Being* und *entity* sind zwei unterschiedliche Konzepte: *Entity* bezeichnet das existenzielle Objekt, das vor jeder Diskursivität und deshalb vor dem *being* steht.[353] „Man muß den Diskurs als eine Gewalt begreifen, die wir den Dingen antun; jedenfalls als eine Praxis, die wir ihnen aufzwingen."[354] „Dinge" sind in diesem Zusammenhang die „zunächst noch ungeformte Materie […], eine Oberfläche, auf die die Sprache ihre Zeichen setzen kann".[355] Diskursive und nichtdiskursive Praktiken sind also eng verflochten – und eigentlich *immer* diskursiv. Sie schaffen zusammenwirkend Wahrheit und Wirklichkeit, die sich im Diskurs, d.h. sprachlich und materiell, konkretisieren. Diese Argumentationsbrücke zwischen der diskursiven Wahrheits- und der diskursiven Materialitätsfrage ist notwendig, um zu veranschaulichen, dass alle Praktiken diskursiv sind und deshalb jede „Wahrheit" unmittelbar durch Diskurs und mittelbar durch die Beziehungen und Elemente, die im spezifischen Fall als extern- und nichtdiskursiv gelten, materialisiert wird. Ein Diskurs ist mit der Sprache und mit ihrer Wahrheit untrennbar verbunden. Er wird in und durch sie in einem wiederholbaren Prozess konstruiert und materialisiert. Der ‚Verbrecher' ist in diesem Sinne materielle Wahrheit und das Produkt von sozialen diskursiven Praktiken, die seine Verfolgung und Einsperrung ermöglichen und eine Realität im sozialen Raum schaffen. ‚Diskursiver Gegenstand'

zen zwischen unterschiedlichen diskursiven und anderen Transformationen, die außerhalb des Diskurses produziert wurden (*Foucault* 2001: 867).

350 *Laclau/Mouffe* 1985: 107 ff.

351 *Laclau/Mouffe* 1985: 107: „If the so-called non-discursive complexes – institutions, techniques, productive organization, and so on – are analysed, we will only find more or less complex forms of differential positions among objects, which do not arise from a necessity external to the system structuring them and which can only therefore be conceived as discursive articulations.".

352 So auch *Brown/Cousins* 1980: 254; Macdonell 1986: 4.

353 *Laclau/Mouffe* 1987: 5.

354 *Foucault* 1999: 36 f.

355 *Krasmann* 1995: 252 f.

ist alles, was in unserer sozialen Welt – also in der Welt überhaupt – vorhanden ist und sinnlich begriffen wird. Es gibt Gegenstände, die eine Materie haben und deren Materie diskursiv materialisiert wird. Es gibt andere Gegenstände, die keine Materie haben und nur exklusiv im und durch Diskurs geschaffen werden. Hierzu gehören etwa der ‚Feind', der ‚Verbrecher', das ‚Risiko' und der ‚Bürger', die allesamt als *diskursive Figuren* zu verstehen sind. Der Diskurs ist kein Objekt, sondern eine soziale Praxis.[356] Seine reinen Produkte, also diejenigen, die lediglich rein diskursiv existieren, sind die diskursiven Figuren. Demnach ist auch ein ‚Gefährder' eine diskursive Figur, die sich im Laufe dieser Arbeit als Konstruktion von polizeilichen, rechtlichen, technischen und psychiatrischen Praktiken darstellt. Diese diskursive Figur zeigt sich als diffuse Form, die auf einem anderen Verhältnis zum Recht beruht, als die Figur des ‚Verbrechers'. Die hier präsentierte Idee der diskursiven Figuren ähnelt den von *Derrida* im Zusammenhang mit dem Rechtssystem bezeichneten Figuren: „Alle exemplarischen Figuren oder Gestalten der Rechtsgewalt sind singuläre Metonymien, will sagen: sie sind Figuren, Gestalten, die keine Grenzen kennen, losgelassene Möglichkeiten der Übertragung, Figuren ohne Figuren."[357] Diskursive Figuren sind – gerade wegen ihrer diskursiven Natur – auch Gestalten, Metonymien, die keine Grenzen kennen. Bei den Figuren, auf die sich *Derrida* bezieht, handelt es sich vielmehr um Akteure oder *Aktanten*. Diskursive Figuren sind dagegen das Produkt des Rechtsdiskurses, der gerade von diesen Akteuren geführt wird. Letzten Endes handelt es sich lediglich um eine Frage der Perspektive, da in keinem der beiden Fälle die Figuren als konkrete individuelle Subjekte, sondern als von Institutionen, vom Diskurs oder aber von Machtverhältnissen konstruierte Formen begriffen werden.

2.2.2.3. Materialität

Die Wirklichkeit, die durch den Diskurs konstruiert wird, zeigt sich zunächst einmal in der Materialität des Diskurses – und zwar dadurch, dass sie Diskurse und ihre Wirklichkeit überhaupt erst sichtbar macht. Das erste Konzept von Materialität, welches als Ansatzpunkt dient, stammt von *Judith Butler*, die teilweise eine zugespitzte Form der „Materialisierungsidee" vertritt und deshalb als Nachfolgerin, aber zugleich als innovative Richtung der foucaultschen Auslegungen zu sehen ist. Sie analysiert Fragen der „Materialität" sowie ihre Verknüpfung mit dem Diskurs und der Macht:

---

[356] *Bublitz* 1999: 23.
[357] *Derrida* (1990) 1991: 93 f.

> *„Der Diskurs bezeichnet den Ort, an dem Macht in einem gegebenen epistemischen Feld als die historisch kontingente, formierende Macht von Dingen eingesetzt wird. Die Erzeugung materieller Wirkungen ist die bildende oder konstitutive Arbeitsweise von Macht, eine Erzeugung, die nicht als eine einseitige Bewegung von der Ursache zur Wirkung ausgelegt werden kann. « Materialität » tritt nur dann in Erscheinung, wenn ihr kontingent konstituierter Status durch den Diskurs gelöscht, verborgen, verdeckt wird. Materialität ist die unkenntlich gewordene Wirkung der Macht.“*[358]

Der *Diskurs* ist nach diesem Verständnis eine Art *Verkörperung der Macht*, die ihrerseits wiederum vom Diskurs Gebrauch macht, um Wirklichkeit zu konstruieren. Die „Materialisierung“ des Diskurses und die von ihm geschaffene Wirklichkeit sind allerdings so kontingent und instabil wie die Macht und der Diskurs selbst. Auch wenn eine stabile Fixierbarkeit der „Materialität“ wie ein Widerspruch erscheint, so ist die Materialität des Diskurses nur *scheinbar* aufzubrechen. Jedoch ist die Tatsache, dass es stests möglich ist, die Materialität aufzubrechen, lediglich ein Anzeichen dafür, dass auch diejenigen hegemonialen Beziehungen und Machtpositionen, die die diskursiven Entscheidungen hinsichtlich von Bedeutungen treffen, ebenfalls zu jeder Zeit aufgebrochen werden können. „Solange Macht erfolgreich verfährt, indem sie einen Objektbereich, ein Feld der Intelligibilität als eine für selbstverständlich gehaltene Ontologie errichtet, werden ihre materiellen Effekte als Datenmaterial oder als primäre Gegebenheiten aufgefaßt.“[359] Die Materialität des Diskurses ist seine zeitliche und örtliche Lokalisierung und Wiederholung.[360] Hierdurch erwecken instabile Diskurse den Anschein von Stabilität und Fixierbarkeit. Wenn Diskurse in ihrer Materialität erforscht werden, werden die Einzelheiten des entsprechenden Diskurses sowohl auf einer materiellen als auch auf einer sprachlichen Ebene zugänglich und sichtbar.

Diese Materialität des Diskurses mit ihren Institutionen, Positionen, Beziehungen und Gegensätzen zu anderen Diskursen wird von *Maingueneau* nach vier formellen Diskursentstehungskriterien kategorisiert: *lieu* (Ort), *inscription* (Einschreibung), *frontiere discursive* (Grenzen) und *archive* (Archiv).[361] Die Analyse der Materialität und ihrer formellen Bedingungen machen den Diskurs zugänglich. Das Materialitätskonzept von *Maingueneau* unterscheidet sich nur dem

---

358 *Butler* 1995: 332.

359 *Butler* 1995: 59.

360 *Macdonell* erklärt diese Materialität des Diskurses: “A ‘discourse’, as a particular area of language use, may be identified by the institutions to which it relates and by the position from which it comes and which it marks out for the speaker. That position does not exist by itself, however. Indeed, it may be understood as a standpoint taken up by the discourse through its relation to another, ultimately an opposing, discourse.” (*Macdonell* 1986: 2 f.).

361 *Maingueneau* 1991: 18 ff.

ersten Anschein nach von demjenigen von *Butler*. *Maingueneau* bietet durch ihr Konzept eine Form zur ‚De-Materialisierung' der Wirkungen der Macht, von denen auch *Butler* spricht: Die Materialität des Diskurses verschleiert seine Kontingenz als Machtakt, weil „Materialität" im Gegensatz zu Kontingenz, Instabilität und Mehrdeutigkeit steht. Die ausführliche Analyse dieser Materialität und ihrer Bedingungen – quasi *diskursive Vivisektion* – ist das richtige Mittel, um die scheinbar unumstößliche Gegebenheit von Diskurs und Macht infrage zu stellen. Es geht um eine Wiederaufbrechung des Diskurses und seiner Figuren, dadurch dass man nach den „Bedingungen der Möglichkeit der Systematisierung"[362] fragt. Demnach zeigt *Maingueneau* eine enge epistemologische Verwandtschaft mit der Analyse von *Butler*. Während *Butler* die machttheoretischen Fragestellungen skizziert, geht *Maingueneau* der methodischen Auseinandersetzung nach. Materialität sei das Resultat der Fusion einer „institutionellen Funktion" mit der „Positivität der Aussagen";[363] das Zusammenbringen von Struktur und Bewegung, der Versuch die kontingente, wiederholte Instabilität des Diskurses zu stabilisieren und zu konkretisieren.

Maingueneau präsentiert vier Aspekte der Materialität des Diskurses, die wie folgt zusammengefasst werden können:

(a) Die *Positionierung* des Diskurses sagt hauptsächlich etwas über die Machtposition und das Verbreitungsinteresse aus. „Es ist dies der Ort des legitimierten Sprechens, der Ort einer zumindest gewissen Institutionalisierung und damit der Ort der Macht".[364] Die vorliegende Arbeit behandelt die Positionierung des Strafrechtsdiskurses, d.h. grundsätzlich das Bundesverfassungsgericht, das Parlament und die Bundesregierung.

(b) Die *Einschreibung* eines Diskurses – *sprich* „Aussagen als Wiederholung ähnlicher Aussagen"[365] – wird seinerseits durch seine ‚Flexibilität' und Verbreitungsform sichtbar. Der Diskurs kann demnach entweder mündlich oder graphisch, abhängig oder unabhängig vom Kontext, ritualisiert oder nichtritualisiert stattfinden.[366] Jeder Unterschied in der Form ist nicht nur spürbar, sondern führt auch zu unterschiedlichen Wirkungen. Parlamentarische Diskussionen, die mündlich geführt werden und die die Möglichkeit einer spontanen Intervention bieten, werden sich im Rahmen der Analyse als informeller erweisen als etwa schriftliche Urteile des Bundesverfassungsgerichts, was wiederum für die Frage der Flexibilität der Sprache von erheblicher Bedeutung ist.

[362] *Irigaray* 1991: 129.
[363] *Bublitz* 1999: 23.
[364] *Sarasin* 2001: 61.
[365] *Sarasin* 2001: 61.
[366] *Maingueneau* 1991: 19.

(c) Die *Grenzen* des Diskurses befassen sich mit der Inter- und Intradiskursivität, was an die Idee des *constitutive outside* von *Laclau* erinnert und die Maingueneau selbst als *frontiére constitutive* (konstitutive Grenzen) des sprachlichen Diskurses bezeichnet. Die Beziehung zu dem „Anderen" ist zugleich eine Form der Beziehung zu sich selbst.[367] Jeder Diskurs deutet somit eine wiederholte, aber immer wieder bestimmbare Beziehung zu den anderen Diskursen an – eine Bestätigung der Kontingenz, Instabilität und Offenheit. Jede diskursive Konstruktion hat folglich ein „Außen", welches jedoch stets noch diskursiv ist und den Diskurs selbst bestimmt. „Denn es gibt zwar ein ‚Außen' gegenüber dem, was vom Diskurs konstruiert wird, aber es handelt sich dabei nicht um ein absolutes ‚Außen', nicht um ein ontologisches Dortsein, welches die Grenzen des Diskurses hinter sich lässt oder ihnen entgegensteht; als ein konstitutives ‚Außen', ist es dasjenige, was, wenn überhaupt, nur in Bezug auf diesen Diskurs gedacht werden kann, an dessen dünnsten Rändern und als dessen dünnste Ränder."[368] Das Strafrecht grenzt sich von der Gefahrenabwehr ab. Es wird aber zugleich von ihren Funktionen und Aufgaben (mit)konstituiert, da Vergehen, die unter die Gefahrenabwehr fallen, nicht im Strafrecht berücksichtigt werden können. Diese Grenzen werden in dieser Arbeit erforscht.

(d) Das *Archiv* (*l'Archiv*) ist das sprachliche und ‚physische' Gerüst, das das Forum schafft, innerhalb dessen die anderen drei Aspekte des Diskurses überhaupt erst möglich sind und in dem Diskurs überhaupt entstehen und zirkulieren kann. Das Archiv ist „die in den Texten einer diskursiven Tradition gespeicherten und im Verhältnis zu allen denkbaren Sätzen über einen Gegenstand faktisch immer ‚seltenen' Aussagemöglichkeiten, welche eine bestimmte aktuelle (Wieder-)Aussageweise legitimieren".[369] Es ist das *Gefüge von Aussagen*, die ein gemeinsames diskursives Objekt teilen. Dieses Archiv sammelt ein Ensemble von Einschreibungen, die sich auf die gleiche Positionierung beziehen.[370] Es wird sich in der Analyse zeigen, dass sich bestimmte Begriffe wiederholen, als eine Art Vorrat dienen und das konkrete Signitikationsfeld fixieren. Die Begriffe, die bei dem Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung im Archiv des Strafrechtsdiskurses anzutreffen sind, orientieren sich an den Begriffen der Gefahrenabwehr (‚Bekämpfung', ‚Schutz', ‚Verteidigung', etc.). Deshalb sind die Figuren, die aus diesem Archiv konstruiert werden (‚Gefahr', eine unbestimmte ‚Organisierte Kriminalität', ‚Ausländer', etc.), nicht kompatibel mit der Figur des ‚Verbrechers', der aus einem *traditionellen*

[367] *Maingueneau* 1991: 20.
[368] *Butler* 1995: 30.
[369] *Sarasin* 2001: 62.
[370] *Maingueneau* 1991: 22.

Archiv des Strafrechtsdiskurses entstammt und an die Figuren ‚Bürger', ‚Verbrecher', ‚Abweicher' anknüpft. Mit Blick auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung kann beispielsweise hier schon gesagt werden, dass das – parlamentarische Diskussionen und Urteile des Bundesverfassungsgericht umfassende – Diskursarchiv über bestimmte Begriffe verfügt, die in den Äquivalenzketten nachvollzogen werden können. Hier wird nicht vom ‚Verbrecher', sondern von ‚hoch gefährlichen Verbrechern' gesprochen, die als ‚Gefahr' betrachtet werden. Diese ‚Gefahr' wird schließlich als ‚Bedrohungslage' eingestuft, die es zu beherrschen gelte.

2.3. Methodisches Vorgehen

Diskurs wird in der vorliegenden Arbeit im doppelten Sinne verstanden, in seiner sprachlichen und in seiner materiellen Funktion. Zwei unterschiedliche Konzepte für die Analyse von und die Annährung an Diskurse wurden erörtert. Beide werden in der für die vorliegende Arbeit geplanten diskursanalytischen Untersuchung zusammengeführt. Die in dieser Arbeit angewandte Methode wird sowohl Elemente der derridaschen Dekonstruktion und der Analysen von *Laclau* und *Mouffe*, als auch Aspekte der archäologischen Diskursanalyse enthalten.[371] Die Methode betrachtet simultan fünf verschiedene Ebenen bzw. Aspekte des Diskurses. Nur bei der Zusammenfassung der Ergebnisse in den Kapiteln 3 und 4 werden diese Ebenen analytisch differenziert präsentiert: *Dekonstruktion, Ort, Einschreibung, Grenzen, Archiv, und (Re-)Konstruktion.* Die Analyse besteht so aus folgenden Instanzen:

---

[371] Auf dem ersten Blick scheint die Aufgabe, die *Derrida* mit der Dekonstruktion beabsichtigt, anders als die von *Foucault* inspirierte Diskursanalyse zu sein. Während sich *Foucault* immer im politischen und praktischen Bereich bewegt, interessiert sich *Derrida* eher für rein philosophische und theoretische Fragen (*Boyne* 1990: 85). Während *Foucault* die Idee eines primären Ursprungs und seiner Suche (des Diskurses, der Institutionen etc.) ablehnt, sucht *Derrida* ständig nach diesem Ursprung, der nur graphische Spuren hinterlässt und sich nach hinten und *ad infinitum* fließt und flieht und der nur dank des philosophischen Denkens verfolgt werden kann (*Derrida* [1967] 1972a). Während für *Foucault* alles nur in der Geschichte läuft und es nichts gibt, das außerhalb ihr erklärt werden kann, behauptet *Derrida*, dass die wirklichen Angelegenheiten der Geschichte niemals vergegenwärtigt sein können (*Boyne* 1990: 86). Während die Arbeit von *Derrida* als eine Kritik der Präsenz zusammengefasst werden kann, kann die Arbeit von *Foucault* als eine Analytik dieser gleichen Präsenz gedacht werden (*Boyne* 1990: 63). Nichtdestotrotz gibt es Aspekte in der foucaultschen Diskursanalyse, die sich mit der derridaischen Dekonstruktion verknüpfen lassen und auch Aspekte in denen eine erste Distanz zwischen *Foucault* und *Derrida* im Laufe der Jahre sich verkürzt hat.

Dekonstruktion: Diese Prozedur, die bisher nicht erläutert wurde, kann mithilfe von *Boyne* näher erklärt werden:

> *"Derrida's strategies operate at a regional level. He is not the eagle flying high over the landscape and mapping the terrain. Rather his thought is like some mischievous lubricant which circulates through the texts he examines, and searches through the cracks into places formerly unknown. He will not, cannot, commit himself to saying what reason is, beyond treating it as somehow within the text. But every text that he works upon echoes the dream of presence, and, for Derrida, the task of deconstruction is to show its disingenuous dream at work."*[372]

Die vermeintliche Präsenz eines diskursiven Objekts, die Präsenz eines ‚Feindes' in den Texten ist immer nur ein Bild oder ein Traum, aber keinesfalls eine tatsächliche Präsenz. Die Präsenz existiert nur im ursprünglichen Moment, in dem, nach Husserl, die Kommunikation ohne Zeichen möglich war und Wirklichkeit und Bewusstsein ohne vermittelnde Zeichen in Kontakt standen.[373] Für *Derrida* ist dieser Moment, diese ursprünglich unvermittelte Erfahrung permanent nicht greifbar, da es für den Beweis ihrer Existenz immer einer sprachlichen Vermittlung bedarf, die sich aber gerade dem vorsprachlichen Moment wieder entziehen würde. Diese erste ursprüngliche Präsenz, die ein Fundament der Phänomenologie *Husserls* darstellt, sei folglich nur ein Mythos. Aufgabe der *Dekonstruktion* ist es gerade, das Funktionieren dieses *Mythos der Präsenz* in den Texten *aufzuzeigen*. Eine foucaultsche Analyse hingegen sucht keine geträumte Präsenz oder keinen geflochtenen Ursprung, sondern die Möglichkeitsbedingungen einer solchen Präsenz. Es wird nach ihrer Materialisierung, nach ihren Wahrheitseffekten und nach ihrer Macht gefragt. Die Machtkonzeption von *Foucault* ist hauptsächlich nach *Überwachen und Strafen* eine Art Anwendung der Kritik der Präsenz von *Derrida*:[374] Die Macht zirkuliert, flieht und hat keine ‚richtige' Präsenz, sondern nur Präsenzspuren, die sich auf den Körpern materialisieren und zeigen.[375] Diese Spuren machen den Diskurs sichtbar, fixieren ihn, zeigen Grenzen und *constitutive outsider* auf. Die

---

[372] *Boyne* 1990: 92.

[373] Vgl. *Husserl* 1928: 451. „Das Ursprungsmoment ist nun – je nachdem, ob es sich um die Urquelle für das betreffende Jetzt des konstituierten Inhalts oder um die spontanen Bewusstseinserzeugungen handelt, in denen die Identität dieses Jetzt sich in der Gewesenheit durchhält – entweder Urimpression oder Ur-Erinnerung" (*ibid.*).

[374] *Boyne* 1990: 14.

[375] Vgl. *Foucault* 1987. Auch *Foucault* ging von der Annahme aus, dass es einen Ursprung gebe, der aber unzugänglich sei. Deshalb beobachtete und dechiffrierte er nur die Form der fiktiven, aktualisierten Präsenz und ihrer Wahrheit. Jeder Diskurs und jede seiner Figuren könnte einen Ursprung haben, nur dass wir ihn niemals kennen werden und deshalb ihre Suche so etwas wie Zeitverschwendung ist. Nützlicher sind für Foucault die Aktualität des Diskurses und seine Effekte.

Dekonstruktion wird durch die Suche von Entleerungsprozessen und diskursiven Entscheidungen an die Konzepte von *Laclau*, *Mouffe* und *Nonhoff* gekoppelt.

Der *Ort* bezieht sich auf die Frage nach dem *Wo?* Sie ermöglicht die Situierung des Diskurses und seiner Materialität, die in erster Linie in den Produktions- und Diffusionsinstitutionen des Diskurses stattfindet.[376] Die institutionellen Plätze und der legitime Ursprung einer Aussage sind für die Bestimmung der Position des Sprechers und daher für den Wahrheitsanspruch des Diskurses von Bedeutung. „Der definierte Status einer Persönlichkeit bestimmt den Wert, die Wirksamkeit und die Existenz der Aussage".[377] Die Positionierung der Sprecher im Kontext des Strafrechtsdiskurses wird in dieser Arbeit zu analysieren sein.[378]

Einschreibung: Es wird auch die Wiederholungsform – die *Einschreibung* des Diskurses – zu erforschen sein. Hierbei geht es um die Frage der „Gleichförmigkeit" und das zu bestimmende „Ordnungsschema", nach dem die Aussagen im Rahmen des Strafrechtsdiskurses generiert werden.[379] Es geht also um die Frage nach dem *Wie?* Wie produziert das Bundesverfassungsgericht gleichförmige, geordnete Aussagen? Wie wird eine Aussage zu einer *wahren* Aussage?

Grenzen: Die Grenzen des Strafrechtsdiskurses werden hier mithilfe der Frage „nach den Grenzziehungen, den Verboten des Sagbaren, und den Verbindungen und Vermittlungselementen zu anderen Diskursen" untersucht.[380] Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung werden durch den strafrechtlichen Diskurs konstruiert. Die dafür verwendeten Aussagen beziehen sich allerdings nicht nur auf die vorhandenen strafrechtlichen Aussagen. Es werden vielmehr interdiskursive Aussagen aus unterschiedlichen Feldern, wie ‚Gefahrenabwehr', ‚Krieg', ‚Ökonomie', miteinander verflochten. Welche Grenzen dabei erhalten bleiben und welche umdefiniert werden, wird durch diese Analyse untersucht.

Archiv: Es wird auch das diskursive *Archiv* des Strafrechts zu untersuchen sein. „Ein diskursives Archiv – das natürlich eine Konstruktion der Analyse ist – zu untersuchen, bedeutet, anhand einer Serie von Texten die wesentlichen Aussagen zu sichten und zu ordnen."[381] Ein Archiv zu untersuchen, heißt zugleich, eine Entdeckung zu machen und eine Konstruktion vorzunehmen. Die Elemente, die im Rahmen der drei anderen Schritte ermittelt

---

376 *Maingueneau* 1991: 18.
377 *Althoff/Leppelt* 1995: 27.
378 *Bührmann* 1999: 54; *Bublitz* 1999: 38 ff.
379 *Sarasin* 2001: 61.
380 *Sarasin* 2001: 61.
381 *Sarasin* 2001: 62.

werden (Ort, Einschreibung, Grenzen), sind zugleich Ausgangspunkt und Instrument für die Bestimmung des Archivs, weil sie die ‚Spezifitätsangaben' des Diskurs ermöglichen. Gibt es ein bestimmtes Archiv, das die diskursive Relation zwischen ‚Verbrecher', ‚Feind', ‚Risiko' und ‚Gefährder', zwischen ‚Strafe' und ‚Bekämpfung' oder zwischen ‚Einsperrung', ‚heimliches Abhören' und ‚Risikomanagement' sichtbar macht? Welche Aussagen werden wo und wie eingeschrieben, um solche Konstruktionen zu ermöglichen?

(Re-)konstruktion: In seiner Beharrung, Diskurse und diskursive Praktiken nur im spezifisch situierten Kontext zu analysieren, schafft Foucault eine neue „Ontologie der Gegenwart".[382] Dadurch wird nach der „Singularität" der vermeintlichen „Universalität" gesucht:

> *„Das bedeutet im Hinblick auf die Frage nach dem ontologischen Status von Diskursen, dass diese im Kontext seiner theoriepolitischen Option als (Re-)Konstruktionen zu verstehen sind. Der Begriff der (Re-)Konstruktion verweist darauf, dass ausgehend von einem bestimmten Vorverständnis bzw. Vorwissen eine Arbeitshypothese in Bezug auf einen bestimmten Diskurs konstruiert wird, die über eine »reine Oberflächenbeschreibung« »relevanter Aussagen« rekonstruiert wird und im Rahmen einer Diskursanalyse als Konstruktion (re-)konstruiert wird. Diese (Re-)Konstruktionstätigkeit eröffnet dann die Möglichkeit, einen »anderen« Blick auf die Gegenwart zu werfen und damit das vermeintliche Allgemeine, Absolute und Notwendige »positiv« zu kritisieren.'*[383]

Eine solche Rekonstruktion wird auch in dieser Arbeit angestrebt. Durch die Analyse der Verschiebungen im strafrechtlichen Diskurs, der Einschreibung und Wiederholung seiner Aussagen sowie der Grenzen des Diskurses und seines Archivs wird die (Re)Konstruktion des Strafrechtsdiskurses ermöglicht. Mithilfe dieser (Re)Konstruktion werden Bezeichnungen neu definiert und die neuen Erscheinungen und Unterbrechungen des Diskurses „materialisiert".

Die Entstehung und Generierung des strafrechtlichen Diskurses, der die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung geschaffen hat, wird mithilfe der Analyse der „Entstehungsdokumentation" untersucht. Die analysierten Dokumente (Urteile des Bundesverfassungsgerichts, parlamentarische Diskussionen, Gesetzentwürfe) werden *nicht als Muster* (jedes Dokument, jede Aussage, jeder Diskurs ist einmalig) und auch *nicht als isolierter Fall* (jedes Dokument, jede Aussage, jeder Diskurs ist Teil des zeitlichen und örtlichen Kontextes), sondern als Signale oder Symptome bzw. Ausdrücke, die Einblick in die Denkformen und Praktiken des Strafrechts geben, verstanden.

---

382 Vgl. *Foucault* 1992.

383 *Bührmann* 1999: 60.

Die Ergebnisse dieser Analyse werden anschließend aus einer kriminologischen und rechtssoziologischen Perspektive analysiert, um auf diese Weise die zweite Hauptfrage der Untersuchung bearbeiten zu können: Wie verändert sich das Strafrecht im Hinblick auf das Konstrukt ‚Gefährder'? Welche Bedeutung hat es für das Strafrecht, wenn es sich auch als ‚Gefährdungsrecht' versteht?

3. Diskursanalyse I: Nachträgliche Sicherungsverwahrung

In diesem Kapitel wird der Strafrechtsdiskurs über die nachträgliche Sicherungsverwahrung untersucht, so wie sie bis vor der letzten Novelle vom Dezember 2010 kontruiert war.[384] Da diese Novelle – es geht grundsätzlich um die Abschaffung der nachträglichen Sicherungsverwahrung – auf Grund des Urteiles des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte[385] statt gefunden hat, lässt sich sagen, dass nicht der Diskurs des Strafrechts, sondern der Diskurs der Menschenrechte diese Änderung der Rechtslage gezwungen hat. Der Diskurs, der die nachträgliche Sicherungsverwahrung modelliert hatte, ist und bleibt im strafrechtlichen Bereich aktuell und ist der Gegenstand dieses Kapitels.

Die Analyse konzentriert sich auf den unmittelbaren Entstehungskontext der Maßnahme, d.h. auf die parlamentarischen Dokumente (Entwürfe und

---

[384] *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010* (BGBl. I S. 2300). Siehe *infra* den Haupttext bei FN 444.

[385] EGMR, *M. v. Germany,* Entscheidung 17.12.2009, Nr. 19359/04.

parlamentarische Diskussionen[386]) sowie auf die Urteile des Bundesverfassungsgerichts.[387] Diese Urteile bildeten die Voraussetzung für die endgültige Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung.

Die Analyse soll deutlich machen, warum der Strafrechtsdiskurs, der die nachträgliche Sicherungsverwahrung hervorgerufen hat, als ‚Gefährdungsrecht' zu bezeichnen ist. Ebenso soll begründet werden, warum die Adressaten dieser Maßnahme als ‚Gefährder' zu bezeichnen sind.

3.1. Kurze Entstehungsgeschichte der Maßnahme

Die Sicherungsverwahrung[388] ist eine Maßnahme, die neben anderen Maßregeln der Sicherung und Besserung im Strafgesetzbuch vorgesehen ist (§ 66 StGB).[389] Die Strafe ist eine Antwort auf eine unter Androhung von strafrechtlichen Sanktionen verbotene Handlung, sie wird deshalb grundsätzlich nach der Schwere der Tat bestimmt und folgt dem Schuldprinzip. Die Maßregeln dagegen werden im konkreten Fall nach den Persönlichkeitsmerkmalen des

---

[386] Gesetzentwurf der Fraktion CDU/CSU: *Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor schweren Wiederholungstaten durch nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung*, BT-Drs. 15/2576 vom 02.03.2004 (im Folgenden E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576); Gesetzentwurf der Bundesregierung: *Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung*, BT-Drs. 15/2887 vom 02.04.2004 (im Folgenden: E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887); Gesetzentwurf des Bundesrates: Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung vor schweren Wiederholungstaten durch Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung BT-Drs. 15/3146 vom 14.05.2004 (im Folgenden E-Bundesrat, Drs. 15/3146); Erste Beratung des E-CDU/CSU BT-Drs. 15/2576: BT-Sitzung 15/100 vom 25.04.2004 (im Folgenden BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004); Zweite und Dritte Beratung des E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, des E-CDU/CSU BT-Drs. 15/2576, des E-Bundesrat Drs. 15/3146: BT-Sitzung 15/115 vom 18.06.2004 (im Folgenden BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004); *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* vom 23.07.2004 (BGBl. I, S. 1838).

[387] BVerfG, 2 BvR 2029/01 vom 5. Februar 2004 (im Folgenden: BVerfGE 109, 133) und BVerfG 2 BvR 834, 1588/02 vom 10. Februar 2004 (im Folgenden BVerfGE 109, 190).

[388] Für einen Überblick über die Entwicklung der Sicherungsverwahrung s. *Kinzig* 1996: 7 ff.; *Kern* 1997: 14 ff.; *Finger* 2008: 25 ff.; *Mushoff* 2008: 9 ff.; *Wüstenhagen* 2008: 5 ff. Zur rechtlichen Entwicklung seit Mitte der 1990er Jahre siehe *Kinzig* 2008: 7 ff. Für die geschichtliche Entwicklung des Maßregelrechts im Allgemeinen s. *Dessecker* 2004: 25 ff., 122 ff.; *Jansing* 2004: 7 ff.

[389] Die anderen im Strafgesetzbuch vorgesehenen Maßregeln sind die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt, die Führungsaufsicht, die Entziehung der Fahrerlaubnis und das Berufsverbot (§ 61 StGB).

Täters und nicht nach den Eigenschaften der Tat bestimmt. Der Anlass für die Erwägung einer strafrechtlichen Maßnahme ist allerdings *immer* eine strafrechtliche Tat.[390] Die Maßnahmen zielen auf die Gewährleistung der Sicherheit der Gesellschaft und werden dementsprechend angeordnet, wenn der Täter durch seine Tat erkennen lässt, dass er eine ‚Gefahr' für die Gesellschaft darstellen könnte. Wenn in einem Strafgesetzbuch sowohl Strafen als auch Maßregeln vorgesehen werden, spricht man von der Zweispurigkeit des gegebenen Sanktionssystems.[391] Diese Zweispurigkeit ist aber angesichts der strengen Prinzipien einer liberalen Strafrechtstheorie nicht selbstverständlich, da durch Maßregeln Individuen als ‚Mittel' für die eigene Besserung und die Sicherheit der Allgemeinheit benutzt werden. Maßregeln haben „einen präventiven Auffangcharakter",[392] der nicht unbedingt zum Wesen des Strafrechts passt. Eine kurze Darstellung der Geschichte der Einführung der Maßregeln ins Strafgesetzbuch erscheint daher hier angebracht.

Das sogenannte Vergeltungsstrafrecht der klassischen Rechtsschule,[393] die Anfang des 18. Jahrhundertes als Maßstab für die Strafzumessung galt, sah sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts mit einer neuen Idee konfrontiert. Es entstand die Vorstellung eines Strafrechtssystems, das nicht nur eine Vergeltungsfunktion, sondern auch eine Sicherungsfunktion erfüllen sollte. Die liberalen rechtstaatlichen Prinzipien des Strafrechts erlaubten aber keine Strafe ohne eine vorherige Straftat. Da diese Prinzipien erforderten, dass eine angemessene Strafe sowohl qualitativ als auch quantitativ durch die begangene bzw. versuchte Tat bestimmt werden sollte, war es notwendig, eine neue staatliche Reaktion – neben der Strafe – zu konstruieren. Diese Reaktion sollte die erwünschte Sicherungsfunktion erfüllen. Diese neue Art von Reaktion präsentierte *Franz von Liszt* im Jahr 1882 in seinem Werk „Zweckgedanken im Strafrecht",[394] in dem er ein Strafrechtssystem vorschlug, das die Sicherheit der Gesellschaft bezweckt und deshalb nicht nur auf Tat und rechtliche Wiedergutmachung, sondern auf die Behandlung der Täter und den Schutz der Ge-

---

390 Vgl. *Laubenthal* 2004; *Goerdeler* 2006, *Schneider* 2006: 99 ff.

391 Über die Zweispurigkeit des Strafsystems in Verbindung mit der Frage der Sicherungsverwahrung siehe *Finger* 2008: 103 ff.; *Jansing* 2004: 16 ff.

392 So kritisch *Mushoff* 2008: 9.

393 Diese Schule folgt der rechtsphilosophischen Richtung, die von *Arnold* (2006: 306) als „radikaler" Überpositivismus bezeichnet wird. Damit wird ein aufgeklärtes Strafrechts gemeint, das in *Kant* seinen Hauptdenker und Theoretiker hatte. Siehe über das Denken von *Kant* im Bezug auf das Strafrecht *Naucke* 1996, *passim*; *Cattaneo* 1981, *passim*; *Vormbaum* 2009: 40 ff. Für eine Darstellung der Hauptvertreter des aufgeklärten, klassischen Strafrechtdenkens siehe *Anitua* 2005: 96 ff.; siehe auch aus anderer Perspektive *Zaffaroni/Alagia/Slokar* 2000: 261 ff.

394 Vgl. *von Liszt* 1982.

sellschaft vor gefährlichen Tätern zielte.[395] Dieser Präventionsgedanke ist bis heute ein umstrittenes Thema in der Strafrechtstheorie geblieben.[396]

Die Diskussion zwischen der bis Ende des 19. Jahrhunderts herrschenden klassischen Schule und der entstehenden Schule der *Defence Sociale* erstreckte sich über Jahrzehnte und brachte mehrere Gesetzesentwürfe für die Einführung der Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen im Strafgesetzbuch hervor.[397] Die Pläne für diese Einführung sind im Nationalsozialismus durch die Verabschiedung des Gesetzes „gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung" am 24. November 1933 konkretisiert worden.[398] Die präventiven Maßregeln waren in dieser Form eine Ergänzung der Strafe. Sie waren für die Fälle vorgesehen, in denen der Präventivgedanke des Strafrechts durch die Strafe nicht erfüllt werden konnte,[399] d.h., ihre Einführung wurde kriminalpolitisch begründet.[400] Durch die Novellierung wurde eine Reihe von Maßregeln zur öffentlichen Sicherheit eingeführt – darunter auch die Sicherungsverwahrung.[401] Die Einführung des §20a RStGB sollte zu einer Strafverschärfung bei „gefährlichen Gewohnheitsverbrechern" beitragen.[402] Die Sicherungsverwahrung wurde als § 42e RStGB mit folgendem Text eingeführt: „Wird jemand nach § 20a als ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt, so ordnet das Gericht neben der Strafe die Sicherungs-

---

395 Vgl. *von Liszt* 1982. Siehe auch *Bohnert* 1992: 9 ff.

396 *Jansing* (2004: 21) spricht in diesem Sinne von einem „Fremdkörper" im Strafrecht. Siehe auch *Appel* 1998: 507 ff.; *Kern* 1997: 23 ff.; *Weichert* 1989. Schon früher *Mayer* 1953. Für die Abschaffung der Sicherungsverwahrung sprechen sich ausführlich *Weber/Reindl* 2001 und *Weber* 1993 aus. In beiden Texten wird geschichtlich die umstrittene Entwicklung der Maßnahme im Strafrecht dargestellt. Zur Diskussion über die Verfassungskonformität des Maßregelrechts siehe *Mushoff* 2008: 37.

397 Über den Schulenstreit vgl. *Bohnert* 1992.

398 Deutsches Reichsgesetzblatt Teil I 1867-1945, S. 995 ff.

399 Vgl. *Aschrott* 1910: 140 ff.

400 *Mushoff* 2008: 9. Über die Problematik des Schutzes der Allgemeinheit als Legitimationsgrund siehe *Kern* 1997: 24 f.

401 Die neuen Maßnahmen zur Sicherung und Besserung wurden als § 42a RStGB eingeführt: 1. Die Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt, 2. die Unterbringung in einer Trinkerheilanstalt oder einer Entziehungsanstalt, 3. die Unterbringung in einem Arbeitshaus, 4. die Sicherungsverwahrung, 5. die Entmannung gefährlicher Sittlichkeitsverbrecher, 6. die Untersagung der Berufsausübung, und 7. die Reichsverweisung.

402 Zum „gefährlichen Gewohnheitsverbrecher" konnte grundsätzlich ein Täter erklärt werden, der schon zum zweiten Mal verurteilt worden war, wenn es für die allgemeine Sicherheit als notwendig erschien. Die Verschärfung der Strafe im zu urteilenden Fall war von Tat und Täter abhängig. Die Wiederholung war die notwendige Voraussetzung, als „gefährlicher Gewohnheitsverbrecher" abgestempelt zu werden. Durch das Gesetz wurde dieser Tätertyp eingeführt und die ‚notwendige' Strafmaßnahme für ihn konstruiert.

verwahrung an, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert". § 20a RStGB hatte auf diese Weise eine doppelte Funktion: Strafschärfungsregel und Maßregelvoraussetzung.[403] In allen Fällen mussten die Unterbringungen so lange dauern, „als ihr Zweck es erfordert".[404]

Diese Normen, mit seinen Strafverschärfungen und Maßregeln hatte auch noch nach 1945 Gültigkeit.[405] In der BRD wurden sie erst durch die 1. Strafrechtsreform von 1969/1970 geändert.[406] In der DDR wurde die Sicherungsverwahrung dagegen schon 1952 abgeschafft.[407]

Eine *nachträgliche* Anordnung der Sicherungsverwahrung wurde *weder vor noch nach 1933* beschlossen oder diskutiert.

Die erwähnte 1. Strafrechtsreform in der BRD hat 1969 die Strafschärfung i.S.d. § 20a RStGB abgeschafft, da dabei die Strafe nach Persönlichkeitsmerkmalen des Täter und nicht nach den Tatbedingungen bemessen wurde und dies als inkompatibel mit dem verfolgten „Tat-Strafrecht" angesehen worden war. Die Sicherungsverwahrung nach § 42e RStGB ist zwar geblieben, aber die Bedingungen für ihre Anwendung sind strenger geregelt worden, so-

---

403 *Bender* 2007: 21.

404 Außerdem war die Sicherungsverwahrung „an keine Frist gebunden. Bei diesen Maßregeln hat das Gericht jeweils vor dem Ablauf bestimmten Fristen zu entscheiden, ob der Zweck der Unterbringung erreicht ist. Die Frist… der Sicherungsverwahrung [beträgt] drei Jahre." (§ 42f, Abs.3 RStGB). Das Gericht kann jedoch jederzeit prüfen, ob der Zweck der Maßnahme erreicht ist und ob gegebenenfalls die Entlassung angeordnet werden kann (§ 42f, Abs.4 RStGB). Wenn aber nach drei Jahre das Gericht die Entlassung ablehnt, weil der Zweck noch nicht erreicht wurde, beginnt die Frist von drei Jahren von Neuem (§ 42f, Abs. 5 RStGB).

405 Dies zeigt, dass, obwohl die Einführung der Sicherungsverwahrung erst im Nationalsozialismus stattgefunden hat, der Zweckgedanke in den strafrechtlichen Doktrinen schon längst – und nicht erst seit 1933 – eine starke Zustimmung erfuhr. Über die Sicherungsverwahrung in der Zeit des Nationalsozialismus siehe *Wüstenhagen* 2008: 17 ff.

406 Nach Kriegsende gab es zwar mehrere Versuche seitens des Alliierten Kontrollrates, die Sicherungsverwahrung abzuschaffen. Ihrem Erachten nach war die Missachtung von Freiheitsrechten ein typisches Merkmal des Nationalsozialismus, das in der Sicherungsverwahrung sowohl normativ als auch praktisch deutlich zu erkennen war. Wegen des ‚Kalten Krieges' stoppte man aber mehrere mögliche Änderungen des Strafgesetzbuches. Siehe grundlegend darüber *Etzel* 1992. Über die Sicherungsverwahrung in der DDR und in der BRD während des Kalten Krieges siehe *Kinzig* 1996: 21 ff.; *Wüstenhagen* 2008: 21 ff.

407 In einem Urteil des Obersten Gerichts der DDR vom 23.12.1952 wurde die Sicherungsverwahrung als „inhaltlich faschistisch" erklärt und dementsprechend sowohl § 42e RStGB als auch § 20a RStGB abgeschafft. Erst am 16.06.1995 wurde durch das „Gesetz zur Rechtsvereinheitlichung der Sicherungsverwahrung" (BGBl. I 818) die Sicherungsverwahrung auch auf dem Gebiet der neuen Bundesländer erweitert.

dass sie als Ultima-Ratio im Strafrecht anzuwenden war.[408] Eine allgemeine Gefahr für die öffentliche Sicherheit war für die Anordnung nicht mehr ausreichend; Voraussetzung war nun eine Gefahr infolge eines Hangs des Täters zu erheblichen Straftaten.[409] Die Regelung des § 42e StGB blieb nach dem zweiten Gesetz zur Reform des Strafrechts unter § 66 StGB unverändert.[410]

Seit 1997 wurde die Möglichkeit einer *nachträglichen Sicherungsverwahrung* in einigen Bundesländern erwogen und es erfolgten erste Äußerungen diesbezüglich im Bundestag. Die „Nachträglichkeit" sollte darin bestehen, dass die Sicherungsverwahrung nicht im Moment des Urteils angeordnet oder vorbehalten werden braucht, sondern erst kurz vor einem baldigen Ablauf der Haftzeit erwogen und gegebenenfalls angeordnet werden sollte. Diese Forderung wurde damit begründet, dass die Gefährlichkeitsprognose eine höhere Aktualität und damit Genauigkeit aufweisen würde, wenn sie kurz vor einer Entlassung gemacht würde und somit besser zu der öffentlichen Sicherheit beitrügen. Die Bindung zwischen Prognose und Tat geht allerdings in diesem Fall verloren, weil die Risikofaktoren unabhängig von der Anlasstat definiert und bewertet werden. Deswegen kann man in diesem Fall von der Einführung einer anderen Strafrechtslogik in Strafrechtsdiskurs ausgehen. Aufgrund von verfassungsrechtlichen Bedenken scheiterte im Bundestag die Initiative der Länder zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung.[411]

Die Anwendungsmöglichkeiten des § 66 StGB wurden allerdings durch das „Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten" vom 26.01.1998 ausgeweitet.[412] Eine Sicherungsverwahrung konnte nun z.B. auch in Fällen angeordnet werden in denen keine Vorstrafe oder frühere Freiheitsentziehung vorliegt angeordnet werden – vgl. § 66 Abs. 3 StGB –, sodass es schwer fällt, weiterhin von einer Ultima-Ratio-Maßnahme zu sprechen.[413] *Trotz dieser Erweiterung* bleibt die Maßnahme aber *immer noch eng an die Anlasstat gebunden*. Die Sicherungsverwahrung muss im Urteil angeordnet wer-

[408] Vgl. *Erstes Gesetz zur Reform des Strafrechts* (1.StrRG) von 25.06.1969 (BGBl. I S. 645). Durch die Reform wurden das Strafmaß der Anlasstat sowie die Voraussetzungen der früheren Strafen erhöht. Es musste ferner eine Vorverbüßung vorhanden sein, um die Sicherungsverwahrung anordnen zu können.

[409] Es kann sich dabei um schwere Straftaten handeln, die die Opfer seelisch oder körperlich schwer schädigen oder die schwere wirtschaftliche Schäden anrichten.

[410] *Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts* (2.StrRG) von 4.07.1969 (BGBl. I S. 717).

[411] Vgl. *Mushoff* 2008: 40.

[412] BGBl. I S. 160, i.K. 31.1.1998.

[413] Diese Erweiterung besteht für Sexualstraftäter, die als besonders gefährlich eingestuft werden. Darüber hinaus wurde die Höchstdauer für die erste Unterbringung in Sicherungsverwahrung abgeschafft (vor der Reform war diese Höchstdauer nach § 63d, Abs. 3 zehn Jahre). Nach dem neuen § 9 Abs.1 StVollzG ist ferner eine Verlagerung von Sexualstraftätern in therapeutische Anstalten zwingend geworden.

den, da die Tat selbst als Basis für die Gefährlichkeitsprognose vorausgesetzt und herangezogen wird. Die Unmittelbarkeit und Verbindung von Tat, Prognose und Unterbringung werden auf diese Weise erhalten.

Die Idee einer nachträglichen Sicherungsverwahrung blieb jedoch für manche Staatsländer aktuell.[414] Die nachträgliche Sicherungsverwahrung war derzeit zwar unmöglich zu erreichen, da sie als strafrechtliche Maßnahme in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fiel und der Bundesgesetzgeber sie ablehnte. Würde man sie aber als Straftäterunterbringung polizeirechtlicher Art klassifizieren, würde sie in die Länderkompetenz fallen und wäre so denkbar und machbar. Mehrere Straftäterunterbringungsgesetze wurden verabschiedet, die sich auf das Gefahrenabwehrrecht der Polizei bezogen.[415] Zwei dieser Gesetze waren Anlass für die im vorliegenden Kapitel analysierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. Februar 2004.[416]

Erst 2002 wurden Entwürfe für die Einführung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung vom Bundestag angenommen. Sie wurden aber nicht beraten.[417] Hierbei handelte es sich allerdings um eine *vorbehaltene Sicherungsverwahrung* (§ 66a StGB).[418] Danach muss das Gericht die Sicherungsverwahrung nicht schon im Urteil anordnen, sondern es genügt der *Vorbehalt* der Sicherungsverwahrung. Die Anordnung erfolgt dann erforderlichenfalls kurz vor der Entlassung.[419] Diese Möglichkeit ist für die Fälle vorgesehen, in denen die Gefährlichkeit eines Verurteilten im Moment des Urteils nicht mit Gewissheit prognostiziert werden kann. In diesen Fällen wird in einem zweiten Verfahren über die Anordnung der Sicherungsverwahrung entschieden.[420] *Trotz des bloßen Vorbehalts* besteht *immer noch eine – wenn auch schwächere – Bindung zwischen Tat, Prognose und Unterbringung*, da der Vorbehalt gerade wegen irgendeiner beobachteten Auffälligkeit bei der Anlasstat und unmittelbar nach der Tat stattfindet. Diese Umstände unterscheiden die vorbehaltene Sicherungsverwahrung von

414 Die hartnäckigen Versuche, die nachträgliche Sicherungsverwahrung einzuführen, sei ein Zeichen der mittlerweile eher verbreiteten Akzeptanz der Maßnahme in den öffentlichen Diskussionen (*Braum* 2004: 105).

415 Ausführlicher über diese Überlegungen und Entwürfe siehe *Bender* 2007: 26 ff.

416 *Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001* (BayGVBl. S. 978 f.) und *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG) vom 6. März 2002* (Gesetz- und Verordungsblatt für das Land Sachen-Anhalt, S. 80).

417 *Bender* 2007: 27.

418 Gesetz vom 21.8.2002, i.K. 28.8.2002 (BGBl I S. 3344).

419 Grundlegend über die vorbehaltene Sicherungsverwahrung siehe *Jansing* 2004.

420 „[W]enn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind." (§ 66a, Abs.2 StGB).

der nachträglichen, bei der gerade eine Abkopplung zwischen Tat und Sanktion zu betrachten ist.[421]

Die Möglichkeit einer *nachträglichen Sicherungsverwahrung* wurde schließlich im Jahr 2004 ins Strafgesetzbuch eingeführt.[422] Der Einführung gingen zwei Urteile des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung voraus. In den Urteilen wurden die Möglichkeit, die Zwecke und die Bedingungen einer nachträglichen Sicherungsverwahrung analysiert. Sie konstruieren daher den Diskurs dieses ‚Gefährdungsrechts' mit. Im *ersten Urteil*[423] wurde die Verfassungskonformität der rückwirkenden Abschaffung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung thematisiert. [424] Obgleich dies in einem Konflikt zu Art. 103 II GG steht, wurde die Verfassungskonformität bejaht.[425] In dem *zweiten Urteil*,[426] in dem das Bundesverfassungsgericht über die Landes- oder Bundeskompetenz im Bereich der Strafmaßnahmen zu entscheiden hatte,[427] ist festgestellt worden, dass ein Gesetz zur präventiven Unterbringung von Straftätern zur Bundeskompetenz gehört. Der Anlass dieses Urteils waren die oben genannten polizeirechtlichen Unterbringungsgesetzte einiger Bundesländer. In diesem Fall gab es Gefangene, die nach den jeweiligen polizeilichen Landesgesetzen in Unterbringung – über die Strafe hinaus – behalten worden sind. Die Gültigkeit der polizeilichen Landesgesetze (Unterbringungsgesetze), die aus fehlender Kompetenz für verfassungswidrig erklärt wurden, wurde vom Bundesverfassungsgericht zeitlich um sieben Monate verlängert, weil diese Gefangenen eine höhere Gefährlichkeit aufwiesen und ihre weitere Einsperrung zum Zweck des Schutzes der Allgemeinheit notwendig gewesen sei. Diese sieben Monate waren der Zeitrahmen, den das Bundesverfassungsgericht dem Bundesgesetzgeber gab, um eine nachträgliche Sicherungsverwahrung zu diskutieren und gegebenenfalls ein Gesetz diesbezüglich zu verabschieden.

---

[421] Diese Abkopplung wurde auch bei dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt, als er die nachträgliche Sicherungsverwahrung als Verletzung der Menschenrechte erklärte (siehe dazu *infra* FN 432 ff. und Haupttext).

[422] *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* vom 23.07.2004 (BGBl. I, S. 1838).

[424] BVerfGE 109, 133.

[424] BVerfGE 109, 133.

[425] Kritisch gegenüber der oberflächlichen Überprüfung der Novellierung siehe auch *Rzepka* 2003: 235, *Haffke* 2005: 22.

[426] BVerfGE 109, 190.

[427] Es ging um die Verfassungskonformität der präventiv-polizeilichen Landesgesetze, die die Unterbringung von Gefangenen über das Ende der Strafe hinaus möglich gemacht haben.

Das neue Gesetz, das im Bundestag rechtzeitig verabschiedet wurde,[428] wurde rückwirkend auf die infrage kommenden Gefangenen angewendet. Obwohl die Möglichkeit der therapeutischen Behandlung der ‚hoch gefährlichen Gefangenen' im Urteil formell erwähnt wurde,[429] wurde sie bei der Begründung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht grundsätzlich mitberücksichtigt.[430] Bei der Sicherungsverwahrung geht es nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts „um die Beherrschung einer Gefährdungslage."[431] Nach dieser Ansicht sind die nachträgliche Anordnung und der weitere Freiheitsentzug weder unmittelbar mit der begangenen Tat noch – präventiv – mit der (zukünftigen) Resozialisierung des Täters verbunden. Gerade in der Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung liegt der Kernunterschied zwischen der Sicherungsverwahrung und der in der vorliegenden Arbeit analysierten *nachträglichen Sicherungsverwahrung*, die eine *Loslösung zwischen Tat und Maßnahme* bedeutet. Die Maßnahme wird dabei nur aufgrund des Verhaltens im Gefängnis angeordnet, d.h., auf Grund eines Verhaltens, das zu festgestellten Risikofaktoren passt aber nicht unbedingt mit einer strafrechtlichen Tat verbunden ist. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung betont daher die polizeiliche Funktion der Maßnahme, die sie noch fremder zum Strafgesetzbuch macht.

---

[428] Siehe *supra* FN 422. Grundlegend über die nachträgliche Sicherungsverwahrung siehe *Bender* 2007; *Finger* 2008; *Kinzig* 2008; *Mushoff* 2008: 33 ff.; *Wüstenhagen* 2008: 75 ff.

[429] Auch kritisch bezüglich der rein formellen Erwähnung im Urteil zeigt sich *Kinzig* 2008: 43. Kritisch zur Wirklichkeit der Therapie im Gefängnis siehe auch *Kinzig* 1996: 72 ff., 117 ff.

[430] Dies wurde auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellt, EGMR, *M. v. Deutschland,* Entscheidung vom 17.12.2009, Nr. 19359/04 (siehe *infra* FN 432 und Haupttext), Ziffer 128: „Er [der Gerichtshof] nimmt zur Kenntnis, daß nach § 66 StGB die Sicherungsverwahrung nur gegen Personen angeordnet werden darf, die wegen Straftaten einer gewissen Schwere wiederholt verurteilt owrden sind. Er stellt insbes. fest, daß es neben dem Angebot für normale Langzeitgefangene anscheinend keine besonderen, auf Sicherungsverwahrte gerichteten Maßnahmen, Instrumente oder Einrichtungen gibt, die zum Ziel haben, die von ihnen ausgehende Gefahr zu verringern und damit ihre Haft auf die Dauer zu beschränken, die unbedingt erforderlich ist, um sie von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten.". Vgl. in diesem Sinne *Finger*, die in dem Vergleich zwischen der deutschen Sicherungsverwahrung und der niederländischen Maßregel TBS betont, dass TBS den Schutz der Gesellschaft vor gefährlichen Personen nicht allein durch die Freiheitsentziehung, sondern auch durch die Behandlung der Verurteilten bezweckt. Dabei sei das „Ziel des Vollzuges der TBS […] den Betroffenen durch psychiatrische Behandlung wieder so in die Gesellschaft zu integrieren, dass er keine weiteren Straftaten begehen wird." (*Finger* 2008: 237 f.). Dies sei der wichtigste Unterschied zwischen dem deutschen und dem niederländischen System, d.h., dass das deutsche System der Behandlung keine Priorität einräumt (*Finger* 2008: 270 ff.).

[431] BVerfGE 109, 133, S. 188.

Diese Abkopplung von Tat und Sanktion wurde im Dezember 2009 vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte („EGMR“) für die Fälle von nachträglich beschlossener Verlängerung der Einsperrung festgestellt.[432] Der Gerichtshof hat sich über die Zulässigkeit einer rückwirkend angewendeten Verschärfung der Sicherungsverwahrungbedingungen geäußert. Im Urteil stellte der EGMR fest, dass die Verlängerung der Sicherungsverwahrung für bereits Verurteilte aufgrund einer Gesetzesänderung, d. h. aufgrund des rückwirkenden Wegfalls der Höchstfrist von 10 Jahren, einen Verstoß gegen Art. 5 (Recht auf Freiheit) und Art. 7 (Keine Strafe ohne Gesetz) der Europäischen Menschenrechtskonvention („EMRK“) darstellt.[433] Der Gerichtshof stellte fest, dass die Verlängerung der Vollstreckung der Sicherungsverwahrung über die zum Zeitpunkt der Verurteilung bestehende Höchstfrist hinaus, an der Kausalbeziehung zur früheren Verurteilung mangelt.[434] Somit verletzt eine solche Verlängerung den Art. 5 (Abs. 1, lit. a) EMRK – Freiheitsentziehung nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht –, weil dieser gerade einen solchen Kausalzusammenhang zwischen Verurteilung und Inhaftierung erfordert.[435] Um zu bestimmen, ob das Rückwirkungsverbot tatsächlich für Sicherungsmaßnahmen nicht anwendbar ist – wie es vom Bundesverfassungsgericht behauptet wurde –, prüfte der Gerichtshof ferner inwiefern die Sicherungsverwahrung und die Freiheitsstrafe sich *wirklich* unterscheiden. Wenn sie sich in der Praxis ähneln, dann sei das Rückwirkungsverbot auch auf die Sicherungsverwahrung anzuwenden, da sie in der Rechtswirklichkeit einer Strafe gleichstehe. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Sicherungsverwahrung sich

---

[432] EGMR, *M. v. Deutschland,* Entscheidung vom 17.12.2009, Nr. 19359/04 (im Folgenden EGMR, *M. v. Deutschland*). Am 10. Mai 2010 hat der EGMR den Widerspruch der deutschen Bundesregierung gegen das Urteil und folglich die Verweisung der Rechtssache an die Große Kammer abgelehnt. Damit ist das Kammerurteil rechtskräftig geworden (Art. 44 EMRK).

[433] Für ausführliche Anmerkungen zum Urteil ebenso wie für die Analyse seine Bedeutung und Folgen für das Gesamtsystem der Sicherungsverwahrung – und insbes. für die nachträgliche Sicherungsverwahrung – siehe *Grabenwarter* 2010; *Laue* 2010; *Merkel* 2010: 1060 ff.; *Kinzig* 2010: 238 ff. Siehe auch das Urteil begrüßend *H.E. Müller* 2010 („Die Begründung des EGMR ist derjenigen des BVerfG argumentativ überlegen“, S. 212). Schon im Jahr 2004 hatte u.a. *Renzikowski* davor gewarnt, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung gegen Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention verstoße („Staatliche Pflichten zum Schutz der Bürger vor Kriminalität sind auch der EMRK nicht fremd. Sie wurden aber vom Gerichtshof niemals dazu herangezogen, den Katalog der Eingriffstatbestände in Art. 5 Abs. 1 EMK zu erweitern.“, *Renzikowski* 2004: 275).

[434] EGMR, *M. v. Deutschland*, Ziffer 97 ff., insbes. 100. Vgl. auch *H.E. Müller* 2010: 207.

[435] EGMR, *M. v. Deutschland*, Ziffer 88 , 105.Vgl. dazu *Grabenwarter* 2010: 858; *Laue* 2010: 200 f.

nicht deutlich genug von der Freiheitstrafe unterscheidet.[436] Folglich ist das Rückwirkungsverbot auch auf die Sicherungsverwahrung anzuwenden, d.h., dass Art. 7 EMRK durch die rückwirkende Anwendung der Verlängerung der Sicherungsverwahrung verletzt worden ist.[437] Obwohl die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte keine kassatorische Wirkung haben[438] und der Gerichtshof nicht befugt ist – und dies auch nicht beansprucht –,[439] dem betroffenen Vertragsstaat konkrete Maßnahmen zur Beseitigung der Konventionswidrigkeit vorzuschreiben, haben diese Urteile eine unmittelbare Bindungswirkung in dem Fall des Beschwerdeführers und eine mittelbare in Parallelfälle. Diese Bindungswirkung äußert sich darin, dass eine Pflicht begründet wird, den Verstoß gegen die Konvention zu beenden. Obwohl diese Pflicht dazu hätte führen sollen, den Beschwerdeführer zu entlassen, hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass „das Sicherungsbedürfnis der Allgemeinheit gegenüber dem Freiheitsgrundrecht des Beschwerdeführers [überwiegt]“ und folglich seinen Antrag auf Entlassung abgelehnt.[440] Die deutsche Bundesregierung hat jedoch umgehend Entwürfe zur Änderung der Regelung der Sicherungsverwahrung vorgestellt. Es war vorauszusehen, dass der zu erreichende Kompromiss höchstwahrscheinlich zu einer Einschränkung der Maßnahme in ihren drei Varianten (sofortige, vorbehaltene und nachträgliche Sicherungsverwahrung) führen würde.[441] Sicher war jedenfalls, dass die nach-

---

[436] Der Gerichtshof berücksichtigte drei Umstände zur Vergleichung der Sicherungsverwahrung und der (langen) Freiheitsstrafe: Die Anordnungsvoraussetzungen – in beiden Fällen: Begehung einer schweren Straftat (EGMR, *M. v. Deutschland* , Ziffer 124) –, die Gefährlichkeitsprogrnose („Feststellung, dass keine Gefahr mehr besteht, dass der Untergebrachte weitere (erhebliche) Taten begehen wird“) – in beiden Fällen: Anknüpfung zunächst an die frühere Straftat (*id.,* Ziffer 132) –, und den Vollzug – in beiden Fällen: ähnliche Bedingungen in denselben Justizvollzugsanstalten (*id.,* Ziffer 127 ff.) –. Vgl. dazu *H.E. Müller* 2010: 210; *Laue* 2010: 201, *Merkel* 2010: 1052 f.

[437] EGMR, *M. v. Deutschland*, Ziffer 120, 132 ff. Vgl. dazu *Grabenwarter* 2010: 858 f. Zustimmend *H.E. Müller* 2010: 210 f., *Kinzig* 2010: 237.

[438] Vgl. *Satzger* 2009: 760 („keinerlei kassatorische Wirkung“); in diesem Sinne auch *Grabenwarter* 2010: 859 (“durch das Urteil des EGMR selbst keine mitgliedstaatliche Maßnahme [...] aufgehoben oder abgeändert werden kann.“).

[439] *Radtke* 2010: 540.

[440] Beschluss vom 22. Dezember 2009 (2 BvR 2365/09, http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rk20091222_2bvr236509.html). Siehe dazu *Merkel* 2010: 1053.

[441] Vgl. *Grabenwarter* 2010: 869. Zur Analyse unterschiedlicher Lösungsmöglichkeiten, die von der Regierung abgewogen wurden, siehe *Merkel* 2010: 1054 ff. In der vorliegenden Arbeit werden diese Entwürfe nicht weiter berücksichtigt, da die Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung und die einschlägigen Urteile des Bundesverfassungsgerichts im Mittelpunkt der Analyse stehen.

trägliche Sicherungsverwahrung nicht mit der EMRK vereinbar war,[442] da es bei § 66 b StGB an der ursächlichen Verknüpfung zwischen einer Verurteilung (im Sinne der Konvention) und der Freiheitsentziehung mangelte.[443]

Ein neues Gesetz wurde schließlich im Dezember 2010 verabschiedet,[444] das die alte Fassung der nachträglichen Sicherungsverwahrung teilweise abgeschafft und verändert hat. Nach dieser neuen Rechtslage ist die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung nur in Verbindung mit bzw. im Anschluss an die beendete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus möglich, was bisher als dritte Variante vorgesehen war.[445] Die Voraussetzungen für diese Anordnung sind bis auf wenige Aspekte (es wird zum Beispiel bei der Gesamtwürdigung nicht länger neben der Anlasstat die Entwicklung des Täters „während des Vollzugs der Maßregel" berücksichtigt, sondern seine Entwicklung „bis zum Zeitpunkt der Entscheidung") unverändert geblieben. Ob und inwiefern diese Einschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung den Kriterien des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausreichend entspricht, wird wahrscheinlich noch lange Diskussionsthema sein.

Im Folgenden wird ausschließlich der Diskurs über die (ursprüngliche) nachträgliche Sicherungsverwahrung analytisch betrachtet.

3.2. Analyse

3.2.1. Problematik

Die Figur des ‚Gefährders' – Adressat der nachträglichen Sicherungsverwahrung – vereinigt Elemente der Figur des ‚Verbrechers' und vermischt sie mit Elementen von den Figuren ‚Feind' und ‚Risiko'. Die Figuren von ‚Feinde', ‚Risiken' und ‚Gefährder' lassen sich in der diskursiven Konstruktion des Bun-

---

[442] So auch *Kinzig* 2010: 239.

[443] Vgl. *Laue* 2010: 204.

[444] *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010* (BGBl. I S. 2300), in Kraft getreten am 1. Januar 2011.

[445] *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung…, supra* FN 444, S. 2301: Art. 1, Abs. 4.: „§ 66b wird wie folgt geändert: a) Die Absätze 1 und 2 werden aufgehoben. b) Absatz 3 wird wie folgt geändert: aa) Die Absatzbezeichnung ‚(3)' wird gestrichen. bb) In Nummer 2 werden die Wörter ‚während des Vollzugs der Maßregel' durch die Wörter ‚bis zum Zeitpunkt der Entscheidung' ersetzt. cc) Folgender Satz wird angefügt: ‚Dies gilt auch, wenn im Anschluss an die Unterbringung nach § 63 noch eine daneben angeordnete Freiheitsstrafe ganz oder teilweise zu vollstrecken ist.'"

desverfassungsgerichts und der Abgeordneten betrachten.[446] Die Begriffe werden allerdings nicht ausdrücklich genannt. Begriffe, die den ‚Gefährder' skizzieren und ihn von einem traditionellen Straftäter oder ‚Verbrecher' unterscheiden, werden beispielsweise wie folgt in den analysierten Texten bezeichnet: „gefährliche Straftäter", „rückfällige Straftäter", „chronisch unverbesserlicher Hangtäter", „gefährlicher Gewaltverbrecher", „dauerhaft gefährliche Personen", „bestimmte hochgefährliche Straftäter", „gefährliche Rückfalltäter", „Personen, die brandgefährlich sind", „böse Burschen", „Täter, die extrem gefährlich sind" etc. Welche Figur wird durch diese – diskursiv äquivalenten – Begriffe konstruiert? Diese Frage bezweckt, Signifikanten und Signifikaten sowie ihre Spuren zu erkennen und Differenz- und Äquivalenzketten zu identifizieren. Es wird nicht zuletzt versucht, die Kontingenz der rechtlichen Sprache, ihre leeren Signifikanten und ihre konstitutiven *outsiders* sichtbar zu machen. Die Dokumente, in denen diese Bezeichnungen auftauchen, werden ferner von bestimmten Machtinstanzen und durch bestimmte Prozeduren generiert, die ihnen einen einzigartigen Wert verleihen und daher die These begründen, dass es eine neuartige Form des Strafrechtsdiskurses gibt und dass dieses Strafrecht ‚Gefährder' schafft: Dieses Recht wird anders produziert als das übliche Strafrecht, weil es zunächst vom Bundesverfassungsgericht gefordert und erst dann vom Gesetzgeber verabschiedet wird; dieses Recht bezweckt zugleich Individuen als Risikofaktoren zu klassifizieren und sie danach wie in einem Krieg auszuschließen; dieses Recht löst die traditionelle strafrechtliche Bindung zwischen Tat und Sanktion ab; dieses Recht vereinigt die Rationalität des Risikomanagements mit der Bekämpfungsrationalität und erhöht auf diese Weise die diffuse und gewalttätige Struktur des Strafrechts. Unterschiedliche Begriffskategorien und Argumentationsebenen werden in der Analyse der nachträglichen Sicherungsverwahrung betrachtet und begründen die Bezeichnung als Dispositiv des ‚Gefährdungsrechts'.

Folgende Passagen vom Bundesverfassungsgericht können eine Einführung in diese Fragen einleiten. In der ersten Passage bezieht sich das Gericht auf die notwendige Sachbindung einer Maßnahme zu einer begangenen Tat:

> *„Dieser Sachzusammenhang besteht auch dann noch, wenn über Anordnung, Vollstreckung der Fortdauer präventiver Sanktionen nicht im Zeitpunkt der strafrechtlichen*

[446] *Kunz* (2006: 75) beschreibt diese Auffassung zum Thema Feindstrafrecht, das auch in der vorliegenden Arbeit untersucht wird, wenn er behauptet: „Die Unterscheidung zwischen Bürger- und Feindstrafrecht bringt die Doppelspurigkeit der heutigen Strafrechtspraxis exakt und prägnant zum Ausdruck." Es ist aber m.E. nicht nur das Feindstrafrecht, sondern auch das Risikostrafrecht – durch die Konstruktion der Risikofaktoren, die während der Zeit im Gefängnis beobachtet werden müssen –, was die heutige Zweispurigkeit zeigt.

> *Verurteilung, sondern erst nachträglich während des Vollzugs einer Freiheitsstrafe – etwa anlässlich einer möglichen Haftentlassung – entschieden wird."*[447]

Die Besonderheit der *nachträglichen* Sicherungsverwahrung liegt gerade darin, dass sie nicht unmittelbar bei der strafrechtlichen Verurteilung angeordnet wird. Das Bundesverfassungsgericht erklärte jedoch in dieser Passage schon in Bezug auf die präventiv polizeilichen Landesgesetze, noch bevor die nachträgliche Sicherungsverwahrung gesetzlich überhaupt existierte, dass der Sachzusammenhang dabei nicht verloren gehe. Durch die Analyse wird allerdings zu sehen sein, dass dieser Zusammenhang doch verloren geht und deshalb die nachträgliche Sicherungsverwahrung Aspekte des Strafrechtsdiskurses betont, die auf ein ‚Gefährdungsrecht' hindeuten.[448] Wichtig ist auch eine zweite Passage, in der das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit und die Verfassungskonformität einer strengen Sicherungsverwahrung begründet. In diesem Fall akzeptiert das Gericht die rückwirkende Anwendung des Gesetzes, das die Höchstdauer der Maßnahme abgeschafft hatte:

> *„Der schwerwiegende Grundrechtseingriff, den die möglicherweise lebenslange Verwahrung bedeutet, verstößt nicht gegen die Wesensgehaltsgarantie, solange gewichtige Schutzinteressen Dritter den Eingriff zu legitimieren vermögen und insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist."*[449]

Das grundlegende Problem bezieht sich auf die Fragen, ob „gewichtige Schutzinteressen Dritter" den Eingriff tatsächlich „legitimieren" und ob der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit" gewahrt bleibt. Diese zwei Aspekte waren der Kern der verfassungsrechtlichen Überprüfung. Beide Fragen werden im Urteil vom Bundesverfassungsgericht bejaht. Die Analyse wird jedoch noch zeigen, dass diese positiven Antworten nur möglich waren, weil die Adressaten der Maßnahme nicht länger als ‚Verbrecher' und damit als Rechtssubjekte angesehen wurden, sondern vielmehr als auszuschließende Risiken, d.h. als ‚Gefährder'. In dieser Passage scheint auch deutlich zu sein, dass die ‚Schutzaufgabe' des Staates durch das Strafrecht zu erfüllen ist und dass dieser

---

447 BVerfGE 109, 190, S. 216 f.

448 Richtigerweise hat auch der EGMR diese Abkopplung festgestellt, vgl. EGMR, *M. v. Deutschland,* Ziffer 88: „Der nach Buchst. a erforderliche Kausalzusammenhang könnte schließlich durchbrochen werden, wenn eine Position erreicht würde, in der die Entscheidung, keine Freilassung bzw. eine neue Haft anzuordnen, sich auf Gründe stütze, die mit den Zielen der ursprünglichen Entscheidung (durch ein erkennendes Gericht) unvereinbar wären, oder auf eine Einschätzung, die im Hinblick auf diese Ziele unangemessen wäre. Unter diesen Umstände würde sich eine Freiheitsentziehung, die zu Beginn rechtsmäßig war, in eine willkürliche Freiheitsentziehung verwandeln, die folglich mit Art. 5 nicht vereinbar wäre.".

449 BVerfGE 109, 133, S.156.

'Schutz' eine Trennung zwischen der 'staatlichen Gemeinschaft', die sich selber schützt, und dem 'gefährlichen Straftäter' hervorruft, wobei die 'höhere Gefährlichkeit' eines Individuums das entscheidende Kriterium für die Trennung sei.[450]

Beide Urteile wurden vom Gesetzgeber berücksichtigt, als die nachträgliche Sicherungsverwahrung auf Bundesebene verabschiedet wurde. 'Gefährdungsrecht' und 'Gefährder' wurden hiermit diskursiv durch sprachliche Wendungen von mehreren Machtinstanzen des Diskurses konstruiert.

3.2.2. Die Schutzfunktion des Staates bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung

Die Schutzfunktion des Staates wird in den analysierten Texten als selbstverständliche Gegebenheit dargestellt. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung als Dispositiv des Strafrechts sei ein Mittel, den Schutz der Allgemeinheit vor furchtbaren Verbrechen zu verstärken, die von einschlägig vorbestraften Personen begangen werden.[451] Der Gesetzgeber stützte seine Begründung auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts:

> *„Der Schutz vor solchen Verurteilten, von denen auch nach Verbüßung ihrer Freiheitsstrafen schwere Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung anderer mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten sind, stellt ein überragendes Gemeinwohlinteresse dar. Diesen Schutz durch geeignete Mittel zu gewährleisten, ist Aufgabe des Staates (so das BVerG, Urteil vom 10. Februar 2004, 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02, S. 77).“*[452]

Es gibt keine Diskussion darüber, ob, warum und inwiefern diese Aufgabe vom Strafrecht zu erfüllen ist. Die Schutzaufgabe ist als ein Signifikat (Bedeutung, Inhalt) des Signifikantes 'Staat' zu verstehen. Da sich das 'Strafrecht' als staatliches Mittel diskursiv mit dem Signifikant 'Staat' verknüpft, ist auch bei dem Signifikant 'Strafrecht'– *spurenmäßig*[453] – diese 'Schutzaufgabe' zu seinen Signifikaten (bzw. seinen Bedeutungen) zuzurechnen. Nicht nur gegenwärtige,

---

[450] Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit werden die Begriffe *Mensch*, *Individuum*, *Subjekt* und *Person* als Synonyme gleichgesetzt. Wenn die Begriffe in einer besonderen abgegrenzten Form gebraucht werden, wird darauf hinzuweisen sein (wie etwa im Fall der *Person* im Sinne *Jakobs* oder des *Subjekts* im Sinne vom *Rechtssubjekt* etc.).

[451] BVerfGE 109, 190, S. 240. Vgl. auch: E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S.1.

[452] E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S. 1.

[453] Dieser Ausdruck bezieht sich auf das in Kapitel 2 präsentierte Spurenkonzept von *Derrida*, d.h. auf die Vorstellung, dass jedes Konzept Elemente von älteren und verwandten Konzepten in sich trägt.

sondern auch alte und uralte Ideen der ‚Schutzaufgabe' sind in den Signifikanten vom ‚Staat' und von seinem ‚Strafrecht' enthalten. Diese diskursive Erläuterung wird vom Bundesverfassungsgericht explizit bestätigt, indem es explizit die ‚Schutzaufgabe' des ‚Strafrechts' durch Beziehungen zu uralten gesellschaftlichen Ordnungen – in denen sich noch nicht einmal die moderne Staatsform entwickelt hatte – begründet. So stellt das Bundesverfassungsgericht fest: „Jede gesellschaftliche Ordnung ist darauf angewiesen, sich vor gefährlichen Straftätern zu schützen. Als Mittel der Prävention kamen seit dem Mittelalter neben der Unterbringung auf unbestimmte Zeit die Todesstrafe, Galeerensklaverei oder Deportation zur Anwendung. Mit dem Aufkommen der Gefängnisstrafen wurden rückfällige Straftäter zu langen Haftstrafen und Zwangsarbeit verurteilt."[454] Im Urteil wird eine Korrespondenzkette von ‚gesellschaftlicher Ordnung', ‚Staat', ‚Schutzfunktion', ‚Strafrecht' und ‚Prävention' gebildet.[455] Diese begriffliche Kette verknüpft all diese Signifikanten und stellt sie als verfügbare Elemente in den ‚Strafrechtsdiskurs'. Diese auf die Zeit verteilte Verkettung von Signifikaten bzw. von Ideen ermöglicht es, die im Urteil überprüfte nachträgliche Sicherungsverwahrung als gegenwärtige Auslegung der Todesstrafe oder der Galeerensklaverei einzustufen.[456] *In allen diesen Fällen werden die im Sinne Laclau unterschiedlichen Signifikate äquivalent.* Differenzierungen zwischen unterschiedlichen ‚gesellschaftliche Ordnungen' verlieren dabei an Relevanz. Die markanteste Aussage ist vielmehr, dass diese ‚gesellschaftliche Ordnung' vor der ‚Gefährlichkeit' gesichert werden muss. ‚Gefährlichkeit' und ‚gefährliche Straftäter' verknüpfen sich in diesem Diskurs ebenso zu einer Äquivalenzkette. Und diese Kette wird als das *Außen* der ‚gesellschaftlichen Ordnung' konstituiert, die sich vor ihnen schützt. Vor wem genau sich diese ‚gesellschaftliche Ordnung' zu schützen hat, bleibt allerdings im Urteil relativ unbestimmt: ‚Gefährliche Straftäter' seien diejenigen, die zur ‚gesellschaftlichen Ordnung' nicht gehören, weil sie ‚Schäden' an dieser Ordnung anrichten können bzw. weil sie die ‚gesellschaftliche Ordnung' *unsicher machen* und *gefährden*. Diese zwei Verben, die ich hier einführe, drücken m.E. am besten aus, was im Kern des Urteils des Bundesverfassungsgerichts und überhaupt in der Idee einer nachträglichen Sicherungsverwahrung vorhanden ist: Es geht darum, dass sich die Allgemeinheit in Sicherheit wähnt. Jeder, der eine Einschränkung für diese Sicherheit bedeuten könnte (*unsicher machen)* oder diese Sicherheit in Gefahr bringen könnte (*gefährden*), darf bzw. muss nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ausgeschlossen bleiben. Anlass dafür ist nicht eine konkrete Tat, sondern ausschließlich der abstrakte Schutz der allge-

[454] BVerfGE 109, 133, S. 134.
[455] BVerfGE 109, 133, S. 134.
[456] BVerfGE 109, 133, S. 134.

meinen Sicherheit, die zugleich „Programm und Unmöglichkeit“[457] ist. Die ‚Schutzaufgabe‘ verknüpft sich mit der strafrechtlichen Aufgabe, indem diese auch die Sicherheit als Zweck hat und auf eventuelle *unsichere*, *gefährdende* Faktoren strafrechtlich reagiert. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung hat daher als einzige Aufgabe, eine ‚Schutzaufgabe‘ des Staates zu erfüllen.[458]

Eine nachträgliche Sicherungsverwahrung für ‚gefährliche Straftäter‘ sei nach dem Bundesgesetzgeber nur dann anzuordnen, „wenn die von ihnen ausgehende Gefahr weiterer Straftaten so groß ist, dass ihre Entlassung in die Freiheit angesichts des Schutzbedürfnisses der Gesellschaft nicht verantwortet werden kann.“[459] Die ‚Schutzaufgabe‘, die das ‚Strafrecht‘ übernimmt, hat also keine eigenen Konturen, da die Bestimmung dieses notwendigen Schutzes durch den Bezug auf ‚gefährliche Straftäter‘ erklärt wird und ‚gefährliche Straftäter‘ ihrerseits durch die „von ihnen ausgehende Gefahr“ beschrieben werden. Hier ist die von *Derrida* erklärte Verschiebung von Signifikanten spürbar, die immer wieder *entfliehen* und auf andere Signifikanten überleiten. Das Gericht versucht diese ‚Gefährlichkeit‘ konkreter zu formulieren, indem es festlegt, dass die Dauer und die Form der Unterbringung von „Art und Maß der von dem Untergebrachten drohenden Gefahren“[460] abhängen sollen. Jedoch ist auch dieser Versuch einer Präzisierung zu unbestimmt. Die Figuren, vor denen sich die Allgemeinheit schützen muss, haben bisher keine klaren Konturen.

Nicht nur die Figuren, sondern auch die Mittel der Schutzaufgabe des Strafrechts werden im Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht deutlich genug skizziert:

---

[457] *Kunz* 2006: 81.

[458] So auch *Kunz*, wenn er davor warnt, dass das Strafrecht durch die neuartigen Formen der Verwahrung seinen „Kontroll*stil*“ ändert: „Die traditionelle Unterscheidung zwischen retrospektiver Tatschuldorientierung im Strafrecht und prospektiver Gefahreneinschätzung und –vorsorge im Polizeirecht zerfließt und macht einem einheitlichen Sicherheitskonzept Platz, welches nun auch das Strafrecht als Mittel eines rein an präventiver Effizienz ausgerichteten Sicherheitsmanagements versteht.“ (*Kunz* 2006: 81). Diese Aussage bekräftigt unsere Meinung darüber, dass das ‚Gefährdungsrecht‘ als ein Beispiel für *Securitization*-Prozesse gilt: Die üblichen Regeln werden nicht befolgt. Eine „existenzielle Bedrohung” erfordere „Notmaßnahmen“. Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung zeigt sich tatsächlich folgender Zustand: „Securitization is not fulfilled only by breaking rules (which can take many forms) nor solely by existential threats (which can lead to nothing) but by cases of existential threats that legitimize the breaking of rules.“ (*Buzan/Waever/de Wilde* 1998: 25).

[459] E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S. 7.

[460] BVerfGE 109, 133, S. 159.

> *„Nicht die Schuld, sondern die in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit ist bestimmend für die Anordnung, Ausgestaltung und zeitliche Dauer der Maßregel. Die Maßregel ist eine Maßnahme, die Gefahren vorbeugt und in die Zukunft wirken soll."*[461]

Diese Behauptung mag für die Sicherungsverwahrung stimmen, nicht aber für die *nachträgliche* Sicherungsverwahrung. Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird die ‚Gefährlichkeit' des ‚hoch gefährlichen Täters' lange Zeit nach der Verurteilung und lange, nachdem der Gefangene überhaupt verhaftet worden ist, prognostiziert. Die ‚Gefährlichkeit', die als Basis für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung festgestellt wird, ist daher keine „in der Tat zutage getretene Gefährlichkeit". Als der Täter aufgrund einer Straftat vom Gericht verurteilt wurde, wurde keine ‚Gefährlichkeit' angenommen. Die *Schutzaufgabe des Strafrechts* tritt hier in den Vordergrund und *löst die Maßnahme von der Tat ab*. Der ‚hoch gefährliche Täter' wird demnach ausschließlich weiter eingesperrt, weil er die allgemeine Sicherheit *unsicherer macht* oder *gefährdet*. Die Sicherungsverwahrung verfolgt das ‚Wohl der Allgemeinheit' und schützt sie vor ‚Gefahren',[462] indem sie den eventuell eintretenden „Gefahren vorbeugt", wie es das Bundesverfassungsgericht feststellt. Diese ‚Vorbeugung von Gefahren', die als zur ‚Gefahrenabwehr' verknüpfte Aufgabe zu verstehen ist – und damit die ‚Gefahrenabwehr' zum Spektrum von Signifikaten des Strafrechts erklärt –, deutet strafrechtliche Prinzipien um. So stellt das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil über die rückwirkende Abschaffung der Zehnjahresfrist bei der Sicherungsverwahrung fest:

> *„Die Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit überwiegt das Vertrauen der betroffenen Gefangenen auf den Fortbestand der alten Zehnjahresfrist. […] Das Vertrauen des Einzelnen auf den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung ist gegen die Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit abzuwägen."*[463]

---

[461] BVerfGE 109, 133, S. 174.

[462] Illustrativ ist zu erwähnen, dass dem Konzept ‚Gefahr' keine rechtliche „Natur" zugeschrieben wird, auch wenn es Basis für rechtliche Entscheidungen ist. Dies wurde schon oft so formuliert: „Der Begriff der ‚Gefahr' entzieht sich genauer wissenschaftlicher Umschreibung. Er ist nicht allgemeingültig bestimmbar und überwiegend tatsächlicher, nicht rechtlicher Natur" (BGH, Beschluss vom 15. Februar 1963 – 4 StR 404/62). *Dessecker* (2004: 137 ff.) erwähnt ähnliche Äußerungen des Reichsgerichts schon für das Jahr 1884 und stellt außerdem weitere Gefahrbegriffe in Bereiche außerhalb des Maßnahmenrechts: in der Alltagssprache, im strafrechtlichen Deliktaufbau (in Deliktformen und im Notstand) sowie im Polizeirecht. In diesem letzten Bereich erörtert er das Konzept in der Gefahrenabwehr (S. 149 ff.), in der Vorsorge (S. 153 ff.) und im neuen Diskurs des „Restrisikos" (158 ff.).

[463] BVerfGE 109, 133, S.185 f.

Die Grundrechte der ‚Allgemeinheit' haben Vorrang vor den Grundrechten desjenigen, von dem die drohenden erheblichen ‚Gefahren' ausgehen. Das ‚Wohl der Allgemeinheit' und die ‚Gefahren' zeigen sich hier als gegensätzliche Signifikanten. In diesen Konzepten des Bundesverfassungsgerichts bilden die ‚Gefahren' einerseits die diskursiven Grenzen der ‚Allgemeinheit', der ‚staatlichen Gesellschaft' und der ‚gesellschaftlichen Ordnung'. Sie zeigen andererseits die diskursive Äquivalenz, die zwischen den vorzubeugenden ‚Gefahren' und den Subjekten entsteht, die diese ‚Gefährlichkeit' tragen. Diese Subjekte werden sprachlich von dem üblichen ‚Verbrecher' abgegrenzt. Aus diesem Grund sollten sie m.E. auch anders genannt werden. Um diese diskursive Differenzierung sichtbar zu machen und um den vom Strafrechtsdiskurs gegebenen begrifflichen Merkmalen Rechnung zu tragen, nenne ich sie ‚Gefährder'.

Das Bundesverfassungsgericht hat festgestellt: „Grundsätzlich ist die Verwahrung dauerhaft gefährlicher Personen geeignet, den Schutz der Allgemeinheit zu verstärken".[464] Diese Logik führt dazu, dass bisher verfassungswidrige Landesgesetze, die diese Unterbringung erst ermöglicht haben, vom Bundesverfassungsgericht für eine bestimmte Zeit eine Rechtskraft erhalten.[465] Die sofortige Freilassung sei nach dem Bundesverfassungsgericht „eine sichere Gefahr" für die ‚Allgemeinheit'.[466] Die „sichere Gefahr", von der das Gericht ausgeht, widerspricht allerdings den eigenen Behauptungen, da das Gericht die „Unsicherheit, die jeder Prognoseentscheidung innewohnt",[467] selber zugibt.[468] Diese unbestimmte ‚Gefahr' rechtfertigt für das Bundesverfassungsgericht die konkrete Verfassungswidrigkeit. Zu bemerken ist allerdings, dass die ‚Gefahr' eigentlich als ‚Risiko' und nicht als ‚Gefahr' konstituiert wird.

[464] BVerfGE 109, 190, S. 240.

[465] Siehe kritisch zur Entscheidung, die Landesgesetze für „unvereinbar" mit der Verfassung, aber nicht für „nichtig" zu erklären, *Mushoff* 2008: 39; *Kinzig* 2008: 47. Siehe auch *Pestalozza* 2004: 609.

[466] BVerfGE 109, 133, S. 158.

[467] BVerGE 109, 190, S. 235.

[468] Zutreffend ist daher die Bemerkung von *Kunz*, wenn er behauptet, dass „die Gefährlichkeitsbeurteilung angesichts der fehlenden gesellschaftlichen Risikotoleranz zu einer Überschätzung der Gefährlichkeit" führt und dass diese Überschätzung der Gefährlichkeit aus dem immer nach mehr Gesellschaftsschutz verlangenden kriminalpolitischen Klima entsteht (*Kunz* 2006: 84). Auch im Parlament wurden diese Schwierigkeiten berücksichtigt: „Erfolgt die Entscheidung auf der Grundlage einer Prognose – Herr Kollege van Essen hat darauf hingewiesen –, für die wir psychiatrische Gutachter brauchen. Wir wissen, dass es in Deutschland nur eine Handvoll Personen gibt, die ein solches Gutachten erstellen können. Wer in seinem Leben schon einmal auf der Grundlage einer Prognose über Menschen urteilen musste, weiß, wie schwer das ist." (Vgl. für alle BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10558 f.).

„Die bisherige Erfahrung mit den landesrechtlichen Straftäterunterbringungsgesetzen zeigt, dass es tatsächlich einige wenige Verurteilte gibt, gegen die zum Urteilszeitpunkt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, die sich aber gleichwohl zum Entlassungszeitpunkt als hochgefährlich darstellen.“[469]

Vor diesen ‚hoch Gefährlichen' soll der Staat schützen, stellt das Gericht fest.

„Wie der Gesetzgeber diese Aufgabe wahrnimmt, unterliegt seinem weiten Gestaltungsspielraum. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen […]. Als Mittel zum Schutz von Leben, Unversehrtheit und Freiheit der Bürger kann der Gesetzgeber demjenigen die Freiheit entziehen, von dem ein Angriff auf die Schutzgüter zu erwarten ist.“[470]

Die Verfassung gibt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts den Schutz als Ziel vor. Die Mittel aber festzulegen, mit denen dieser Schutz zu erreichen ist, sowie die Abwägung der unterschiedlichen Gebote der Verfassung, werden vom Gericht als eine Aufgabe erklärt, die ausschließlich durch den Gesetzgeber erfüllt werden soll. Dies führt zur Frage der Gewaltenteilung und zu der Frage der gegenseitigen rechtlichen Kontrolle.

Das Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgeber sind autorisierte Akteure, um über die Mittel zum ‚Schutz der Allgemeinheit' zu entscheiden. Die politischen und rechtlichen Signifikanten, die diese Diskurse materialisieren, werden auf diesen Gebieten (*Ort*: Bundesverfassungsgericht, Bundestag) formuliert und institutionalisiert (*Einschreibung*: Entscheidungen, Bundestagsdrucksachen, Gesetze). Dies ist die Antwort auf die Frage, wer über ‚Gefährlichkeit' und über ‚Sicherheit', über ‚Schutz' und über ‚Mittel' entscheidet. Der Strafrechtsdiskurs unterscheidet hier zwischen einer zu schützenden ‚Allgemeinheit' und einem Einzelnen, von dem ‚Gefahren' ausgehen. Die Menschen werden ‚Bürger' genannt, wenn sie als Mitglieder der ‚Allgemeinheit' präsentiert werden und wenn die Rechte der Einzelnen aufgezählt werden. Das Individuum, das im Rahmen der Sicherungsverwahrung in einer Unterbringung lebt bzw. in Unterbringung sein sollte, wird niemals als ‚Bürger' bezeichnet, was eine subtile diskursive Linie zwischen den einen und den anderen zieht. Die Äquivalenzenkette von ‚Allgemeinheit', „gesellschaftliche Ordnung', ‚Staat' etc. verleugnet alle Differenzierungen zwischen diesen Begriffen. Diese Äquivalenzenkette wird aus der Entgegensetzung ihrer Negation generiert, aus ihrem *konstitutiven Außen*: ‚Gefahr', „gefährlicher Straftäter' usw. Diese Negation des Systems markiert zugleich die Konturen des Systems, das sich dann schon nicht nur durch die erwähnte Äquivalenzenkette identifiziert, sondern auch durch andere, die äquivalent zu ihr sind und sich mit ihr verknüpfen:

[469] BVerGE 109, 190, S. 236.
[470] BVerGE 109, 190, S. 236.

‚Allgemeinheit'/‚Bürger', ‚gesellschaftliche Ordnung'/‚Recht', ‚Staat'/ ‚Sicherheit' etc. Die Analyse des Diskurses macht diese Linie sichtbar.
Die Argumentation verläuft in zwei Sphären: die Sphäre der ‚Allgemeinheit', von den ‚Bürgern', von ihrem ‚Staat' und ihren ‚Rechten' einerseits und die Sphäre von den „wenigen" „Ausnahmefällen" der ‚hochgefährlichen Straftäter', von den ‚Gefahren' bzw. von den ‚Gefährdern' andererseits.

Es wird in den analysierten strafrechtlichen Texten kaum einen Raum dafür gegeben, dass diese „gefährlichen Gewaltverbrecher" auch Ansprüche auf Rechte haben. Sobald auf die Komplexität des Rechtsgefüges, das auf dem Spiel steht, hingewiesen wird (*Hinweis*), werden Reaktionen dagegen ausgelöst, die die erwähnten gegensätzlichen Räume [‚Bürger' – ‚Nicht-Bürger'], [‚Allgemeinheit' – ‚Gefährder'] wiederherstellen (*Reaktion*):

> *[Hinweis] - „Es geht um den Schutz von potenziellen Opfern. Es sind ganz wenige Fälle, aber in diesen Fällen geht es um Opfer schrecklicher Straftaten und die Opfer sind in der Regel oder fast ausnahmslos Kinder und Frauen. Das ist die eine Seite eines großen Problems. Die andere Seite ist, dass wir das überragende Freiheitsrecht aller Menschen, auch der Strafgefangenen, zu achten haben. […]*
>
> *[Reaktion] - Ihr Herz schlägt bei verfassungsrechtlichen Debatten immer zuerst für den Täter und erst an fünfter oder sechster Stelle für das Opfer. (…) Der Unterschied in unserer Politik ist ein ganz einfacher, den auch alle unsere Zuhörerinnen und Zuhörer auf der Tribüne verstehen: Bei uns geht Opferschutz vor Täterschutz und nicht Täterschutz vor Opferschutz."*[471]

> *[Hinweis] - „Unsere Rechtspolitik gehorcht rechtsstaatlichen und verfassungsrechtlichen Grundsätzen."*
>
> *[Reaktion] - „Sie wollen Täterschutz vor Opferschutz!"*[472]

Die Trennlinien zwischen ‚Bürger' und „gefährlicher Gewaltverbrecher"[473] wird gezogen und als Begründung für die Rechteentziehung angewendet. Die einen sehen ihre Rechte anerkannt, den anderen werden Rechte gesetzlich entzogen, und zwar vollständig. Die ‚Freiheit' wird ihnen entzogen – und zwar für lange Zeit. Ferner wird, im Gegensatz zu den üblichen Garantien des ‚Strafrechts', die für die ‚Bürger' gelten, die verlängerte Freiheitsentziehung durch die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung quasi spontan entschieden. Hiermit werden substanzielle und prozessuale Rechte für den ‚Schutz der Allgemeinheit' entzogen. So behauptet der Gesetzgeber:

---

471 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8996 und 8999.
472 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10556.
473 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 9002.

> *Es wird „gewährleistet, dass die Sicherungsverwahrung gegen Verurteilte, die ihre Strafe voll verbüßt haben,* nur *dann angeordnet wird, wenn die von ihnen ausgehende Gefahr* so groß *ist, dass ihre Entlassung in die Freiheit* angesichts des Schutzbedürfnisses der Gesellschaft *nicht verantwortet werden kann.*"[474]

Die Entziehung von Rechten kommt also *nur* infrage, wenn die von dem Verurteilten ‚ausgehende Gefahr' *so groß ist*, dass es nicht zu verantworten ist, ihn *angesichts des ‚Schutzbedürfnisses der Gesellschaft'* in die Freiheit zu entlassen. Die eingeschränkte Anwendung („*nur*") mag den begrenzten Anwendungsbereich der nachträglichen Sicherungsverwahrung betonen, der aber durch ein offenes und nicht besonders eindeutiges „*so groß*" der vermuteten Gefahr äußerst unbestimmt bleibt. Das ‚Schutzbedürfnis der Gesellschaft' als Maßstab ermöglicht die Aussage, dass die Notwendigkeit der Unterbringung immer unbestimmt, hoch und durch nichts zu befriedigen ist.[475] Dieses Strafrecht zeigt sich daher als ein ‚Gefährdungsrecht', das sich gerade in *diffusen* Formeln und Interventionsformen ausdrückt.

Nur wenn die ‚Gefahr' sehr groß ist, sagt der Gesetzgeber, darf die Sicherungsverwahrung nachträglich angeordnet werden; *nur* durch dieses Mittel werde die Gesellschaft wirksam geschützt. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung agiert als Dispositiv und sinngebende Chiffre. Als *Dispositiv* vereinigt die nachträgliche Sicherungsverwahrung die diskursive Trennung mit der strafrechtlichen Intervention: Die ‚Gesellschaft' wird ‚geschützt' und die ‚Gefahr' beseitigt; die erste bleibt in Freiheit, die zweite wird eingesperrt. Sie negieren sich nicht nur diskursiv, sondern auch materiell. Als *sinngebende Chiffre* offenbart die nachträgliche Sicherungsverwahrung die Exteriorität des Diskurses der ‚gesellschaftlichen Ordnung' und ihre Äquivalenzen, d.h., die nachträgliche Sicherungsverwahrung erklärt die eigene Logik durch die Exklusion des Negativen. Die ‚legale', ‚legitime' und verfassungskonforme Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung offenbart auch die exkludierende Logik des Rechtsdiskurses. Diffuse Risikokonstruktionen (Risikorationalität) und scharfe exkludierende Maßnahmen (Bekämpfungsrationalität) treffen sich auf diese Weise bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung und verdeutlichen das ‚Gefährdungsrecht'. Im nächsten Abschnitt werden die aus dieser Logik entstandenen Figuren untersucht.

---

474 E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.8 [Hervorhebung hinzugefügt].

475 Dieses Strafrechts äußert sich dadurch, dass ihre „Bestimmungen nie weit und scharf genug sein können, also die punitiv gestimmte Öffentlichkeit stets einen Nachschlag verlangt" (*Kunz* 2006: 85).

3.2.3. Figuren

Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung werden vom Gesetzgeber wie folgt beschrieben:

> *„Es geht nicht um irgendwelche gefährlichen Menschen und um irgendwelche Straftäter, sondern um solche, die ihre Gefährlichkeit bereits bewiesen haben und deren Gefährlichkeit durch ein eigenes, rechtsstaatliches und unabhängiges Verfahren erneut festgestellt worden ist. Im Hinblick auf diese – ganz wenigen – Fälle sind wir der Auffassung, dass das potenzielle Opfer auf Kosten des Straftäters, der seine Gefährlichkeit schon bewiesen hat, zu schützen ist.“*[476]

Als ‚gefährlich' für eine eventuelle Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung abgestempelt zu werden, d.h. als ‚Gefährder' konstruiert zu werden, drückt sich wie folgt aus: *a.* ‚Gefährder' sind keine einfachen ‚Verbrecher'; *b.* ‚Gefährder' sind keine Rechtssubjekte; *c.* ‚Gefährder' gehören nicht – nicht länger – zur ‚Gesellschaft'.

3.2.3.1. Entrechtlichung

Es werden Merkmale wie „hoch gefährlich“, „rückfällig“, „gewalttätig“ angewendet, um eine Differenzierung zwischen ‚Verbrecher' und *mehr* als ‚Verbrecher' zu betonen. Die ‚Gefährlichkeit' wird zugleich als zu überprüfende Tat und als bewiesene Tatsache präsentiert.[477] ‚Gefährlichkeit' kann nicht gemessen oder beobachtet werden. ‚Gefährlichkeit' kann nur anhand einer Prognose festgestellt werden, die die Wahrscheinlichkeit von zukünftigen schweren Straftaten untersucht.[478] Bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungs-

---

[476] BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10556.

[477] Diese Aporie wird sehr gut von *Robert Castel* (1983: 53) erklärt: „Die Gefährlichkeit ist ein recht mysteriöser und zutiefst paradoxer Begriff, weil er sowohl die Behauptung des Vorhandenseins einer dem Subjekt innewohnenden Eigenschaft (»es ist gefährlich«) impliziert als auch eine bloße Wahrscheinlichkeit, eine auf reinem Zufall beruhende Angabe, da der Beweis für die Gefahr lediglich im Nachhinein erbracht werden kann, falls es wirklich zur Tat kommt.“.

[478] Vgl. z.B. die Formulierung in BVerfGE 109, 133, S. 175. Diese selbstreferenzielle Bestätigung der Prognose ist ein Makel, den die positive Schule der Kriminologie seit ihrer Entstehung trägt. Über diese Tautologie in der Funktionsweise der Gefährlichkeitsüberprüfung siehe *Krauth* 2008: 98/99. Der Autor erklärt den Fall in der Psychiatrie und zitiert u. a. *Greig*, 1993, („Politics of Dangerousness“, in: A.S. Gerull/W.L. William (Hrsg.), serious violent offenders: sentencings, psychiatry and law reform – proceedings of a conference held 29-31 October 1991): „A person is dangerous when some form of containment is considered desirable and, as has been endlessly pointed

verwahrung werden nicht unmittelbar eine Tat oder ihre Umstände überprüft, sondern mögliche ‚Gefahren', die von dem Täter ausgehen. Die Prognose wird in der Gegenwart gemacht, kann aber später nicht bestätigt werden.[479] Ohne Bestätigung bleibt die Prognose eine undefinierbare Vorhersage, die wissenschaftlichen Kriterien folgen soll, d.h. eine *unsichere Tatsache*.[480] Gestützt auf diese *unsichere Tatsache* werden ‚Menschen' in Unterbringung gebracht und für einen langen Zeitraum dort festgehalten. „Die Prognose einer Gefahr ist immer nur in der Gegenwart für die Zukunft möglich. Wie lange diese Gefahr fortbestehen wird, hängt von zukünftigen Entwicklungen ab, die sich nicht sicher vorhersagen lassen."[481] Ob die Prognose richtig ist oder nicht, könnte nur bestätigt werden, wenn diese Menschen wieder in die Freiheit gelassen und tatsächlich ‚schwere Straftaten' begehen würden, was selbstverständlich nicht passieren kann, wenn diese Menschen aufgrund der Prognose nie wieder frei gelassen werden. Das Risiko der *falschen Positiven* ist daher extrem hoch.[482] Fehlprognose und Unbestimmtheit gehören dennoch zur Logik der Sicherungsverwahrung.[483] Sie sei keine Institution der Strafbarkeit und dementspre-

out, a psychopath is a psychopath because he commits antisocial acts and the reason he commits antisocial acts is because he is a psychopath" (S. 50).

479 Über die Problematik der Prognose im Allgemeinen für die Sicherungsverwahrung und insbesondere bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung siehe *Finger* 2008: 134 ff., 142 ff.; *Kinzig* 2008: 134 ff., 303 f. Das Problem der „Abhängigkeit" der Prognosen auch im polizeirechtlichen Bereich, in dem das Vertrauen für Methoden der statistischen Prognose gering ist, weil sie nichts über den konkret zu entscheidenden Einzelfall aussagen können, wird von *Dessecker* (2004: 151) erwähnt. Der Autor analysiert ausführlich die Voraussetzungen und Formen der Gefahrprognose im Allgemeinen (*Dessecker* 2004: 182 ff.). Kritisch zur Vorstellung, dass die Prognose im Gefängnis zuverlässiger sein kann – für den Fall der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung – zeigt sich *Jansing* 2004: 459, 461 ff.

480 *Dessecker* (2004: 197) nennt es „Dilemma der Ungenauigkeit von Gefährlichkeitsprognosen".

481 BVerfGE 109, 133, S. 152.

482 *Kunz* (2006: 84) spricht in diesem Sinne von einer „Überschätzung der Gefährlichkeit" und erinnert an Norbert Nedopil, einer der anerkanntesten Experten in der forensischer Psychiatrie, der zugegeben hat, dass er sich bei Rückfallprognosen in zwei von drei Fällen zuungunsten des Straftäters geirrt habe und trotzdem immer noch unter dem Durchschnitt bei Fehlprognosen liege (in *Die Zeit*, 14. Juli 2005, S. 34). Auch *Dessecker* (2004: 197) warnt vor dieser Problematik: „Jede Systematisierung von Gefährlichkeitsprognosen kommt aber nicht darüber hinweg, daß Fehlentscheidungen in Kauf genommen werden müssen"; diese Systematisierung führt außerdem zu einem zweiten Problem, und zwar, dass „eine Überschätzung der Gefährlichkeit potentieller Straftäter systematisch begünstigt wird".

483 Siehe kritisch dazu *Kinzig* 2006: 154. Der Autor bedauert, dass man an dieser Stelle des Urteils eine Diskussion über die „Unzulänglichkeit von Kriminalprognosen" vermisst

chend nicht von den strafrechtlichen Garantien (wie etwa das *in dubio pro reo*) gedeckt:

> *„Die Prognose ist und bleibt als Grundlage jeder Gefahrenabwehr unverzichtbar, mag sie auch im Einzelfall unzulänglich sein.“*[484]

An einer anderen Stelle verdeutlicht das Bundesverfassungsgericht seine Skepsis gegenüber Prognosen:

> *„Prognoseentscheidungen bergen stets das Risiko der Fehlprognose, sind aber gleichwohl unumgänglich (…). Die Prognose ist und bleibt daher als Grundlage jeder Entscheidung über eine präventive Freiheitsentziehung unverzichtbar.“*[485]

Das Bundesverfassungsgericht konkretisiert in diesen Sätzen die erwähnte inhaltliche Verknüpfung zwischen ‚Gefahrenabwehr' und ‚Strafrecht'. Vor einer ‚Gefahr' gibt es allerdings normalerweise keine Zeit zu überlegen, ob es sich tatsächlich um eine ‚Gefahr' handelt oder nicht. Die unbestimmte Prognose kann daher zumindest als hilfreich erscheinen. Bei einer Tat dagegen und bei der Beurteilung des Täters werden normalerweise ohne Zeitdruck alle Umstände berücksichtigt, bevor eine Strafe entschieden wird. Der Zugriff auf unbestimmte und unsichere Prognosen ist daher schwerer zu erklären. Diese Unterscheidung ist dennoch in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts nicht zu beobachten.[486] Bei der *nachträglichen Sicherungsverwahrung* wird diese prognoseimmanente *Unbestimmbarkeit* sogar *noch verstärkt*.[487] Es geht nicht um eine bestimmte Tat, die als Basis für die Prognose berücksichtigt wird, sondern um ein ganzes Spektrum von alltäglichen Handlungen im Strafvollzugsleben. Ein regulärer ‚Verbrecher' könnte jederzeit als ‚Gefährder' abgestempelt werden, wenn er sich z.B. während der Unterbringung nicht der Ordnung im Gefängnisalltag unterordnet.[488] So stellt das Bundesverfassungsgericht fest:

– auch wenn diese Diskussionen, gerade auch im Bereich der Sicherungsverwahrung, seit Jahren im kriminologischen und juristischen Bereich geführt werden. Siehe dazu *Volckart/Grünebaum* 2003: 137 ff.

484 BVerfGE 109, 133, S. 158.

485 BVerfGE 109, 190, S. 240.

486 In eine ähnliche Richtung geht folgendes Zitat: „Dem [Gericht] ist für Entscheidungen im Bereich der allgemeinen Gefahrenabwehr zuzustimmen, doch fragt sich, ob nicht bei lang dauernden Eingriffen in Freiheitsrechte, die nicht von schuldhaftem Verhalten gedeckt sind, strengere Maßstäbe gelten müssen.“ (*Kinzig* 2006: 154). In der vorliegenden Arbeit wird eben diese Äquivalenz analysiert, die das Bundesverfassungsgericht zwischen Gefahrenabwehr und Strafrecht diskursiv konstituiert.

487 Über das sich verschärfende Problem der Prognose bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung siehe *Mushoff* 2008: 427 ff.

488 So stellt der Bundesrat fest: „Durch die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung wird dem Verurteilten ein Anreiz gegeben, im Vollzug mit-

> *„Dass in diesem Fall das Resozialisierungsziel des Strafvollzugs nicht mehr zum Tragen kommt, beruht nicht auf der Anordnung der Sicherungsverwahrung, sondern auf dem Verhalten des Betroffenen, das eine erfolgreiche Resozialisierung auf Dauer ausschließt.'*[489]

Derjenige, der nachträglich in die Sicherungsverwahrung verbracht wird, ist nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts für diese Anordnung selbst verantwortlich. Ihm wird zugeschrieben, die eigene Resozialisierung ausgeschlossen und dadurch die eigene ‚Gefährlichkeit' bestätigt zu haben. Im Unterschied mit den positivistischen Ideen der ‚Gefährlichkeit', wird der ‚Gefährder' dem gegenwärtigen ‚Gefährdungsrecht' zugerechnet. Der ‚Gefährder' wird nicht lediglich als ‚gefährlich' angesehen, er wird für diese Zuschreibung auch verantwortlich gemacht. Die Unbestimmtheit der eigenen Situation (wann der ‚Gefährder' die Freiheit wiedergewinnt, ob er die Freiheit wiedergewinnt, welches Gesetz auf seinen Fall anzuwenden ist und ob in die Zukunft ein neues Gesetz seine Situation verschlimmern wird etc.) wird vom Bundesverfassungsgericht als Bestimmtheit kodiert: All diese Fragen können selbst vom ‚Gefährder' beantwortet werden. Sie alle werden von seinem Verhalten im Gefängnis abhängig gemacht. Solange er nicht mitmacht, bleibt er ‚Gefährder', ein *entrechteter* ‚Verbrecher'. Die Folgen des Diskurses des Bundesverfassungsgerichts lassen sich konkret belegen: Die üblichen Rechte eines ‚Verbrechers' dürfe der ‚Gefährder' nicht länger beanspruchen; die üblichen verfassungsrechtlichen Prinzipien des Strafrechts verlieren für das ‚Gefährdungsrecht' an Gültigkeit.[490] Dem *Schuldprinzip,* das bereits bei den präventivgerichteten Sicherungsmaßnahmen im Allgemeinen kaum noch gilt, wird von der nachträglichen Sicherungsverwahrung ignoriert.[491] Nicht die Abwägung

---

zuarbeiten, etwa an therapeutischen Maßnahmen teilzunehmen." (E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.9). *Mushoff* (2008: 429) betrachtet diese Situation kritisch und behauptet, dass bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung die Prognose nur mit dem *Verhalten* im Gefängnis verbunden ist.

489 BVerfGE 109, 133, S. 162.

490 Im Folgenden werden die Prinzipien dargestellt, die von der nachträglichen Sicherungsverwahrung verletzt werden. Es wird keine Diskursanalyse dieser Prinzipien oder der Formulierungen, die ihr widersprechen, gemacht. Deshalb werden die einschlägigen Passagen von Urteilen und parlamentarischen Dokumente auch nicht im Haupttext, sondern in den Fußnoten zitiert. Die Darstellung beansprucht vielmehr, die strafrechtlichen Folgen des bisher analysierten Diskurses des Bundesverfassungsgerichts zu zeigen.

491 "Die Tat liefert zwar den Anlass für die Anordnung der Sicherungsverwahrung. Die Sicherungsverwahrung stellt aber keine Reaktion auf die in der Anlasstat verwirkte Schuld dar, sondern eine Reaktion auf die sich in der Anlasstat manifestierende Gefährlichkeit des Täters." (BVerfGE 109, 133, S.175); „Es ist – abgesehen von Zwangsmaßnahmen der Quarantäne nach dem Infektionsschutzgesetz und von der

der Tat als Anlasstat,[492] sondern die Beobachtung des Verhaltens im Gefängnis ist Anlass zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung.[493] Das *Rückwirkungsverbot* wird auch von der nachträglichen Sicherungsverwahrung verletzt.[494] Das Bundesverfassungsgericht behauptet, dass dieses Prinzip von Anfang an auf die Maßregeln der Sicherung und Besserung nicht anwendbar gewesen sei (§ 2 Abs. 6 StGB). Im Grundgesetz, stellt das Gericht fest, wurde das Rückwirkungsverbot nur für die „Strafbarkeit" in Art. 103 Abs. 2 festgehalten: Sanktionen, die keine Strafe sind, seien vom Rückwirkungsverbot nicht gedeckt. Gegen diese Lösung, die eine „formale Betrachtung" darstellt, äußert sich *Kinzig*:

---

landesgesetzlich geregelten Unterbringung psychisch Kranker – gerade und ausschließlich das schwerwiegende und dem Betroffenen zurechenbare Indiz der Anlasstaten, welches den Staat berechtigt, die Gefährlichkeit seiner Bürger zu überprüfen und auf das Ergebnis dieser Überprüfung eine langfristige schuldunabhängige Freiheitsentziehung zu gründen." (BVerfGE 109, 190, S. 220). Für die Herleitung des Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot aus diesem nicht respektierten Schuldprinzip siehe *Finger* 2008: 158. Auch kritisch zum Verstoß gegen den Schuldgrundsatz *Mushoff* 2008: 9, 426, 464. Grundsätzlich zum Schuldprinzip siehe *Wolff* 1999: 55.

[492] Dass § 66b StGB eine Gesamtwürdigung des Täters, seiner Taten und seiner Entwicklung während des Vollzugs verlangt, kann nicht „darüber hinwegtäuschen", dass die Vorschrift eine Art „Präventivhaft" schafft, „die zu der Anlasstat nur noch in einem zufälligen Zusammenhang steht." (*Mushoff* 2008: 426; s.a. *Meier* 2006: 293). Siehe im gleichen Sinne *Dessecker* 2004: 405. So auch der EGMR, *M. v. Deutschland*, Ziffer 88, siehe dazu *supra* FN 432 ff. und Haupttext.

[493] Kritisch zur Unabhängigkeit zwischen Tat und Maßnahme siehe *Böllinger/Pollähne* (2010: 2154 – Rn. 7 – „Entkoppelung"), *Goerdeler 2006*, *Schneider* 2006: 99 (Die Maßnahme sei „abgekoppelt" von der Anlasstat); *Laubenthal* 2004 („Abkehr von dem […] Charakter der Sicherungsverwahrung als einer unmittelbaren Rechtsfolge der Anlasstat", S. 741). Die vier wichtigsten Gruppen von Faktoren, die sich in der Jurisprudenz als entscheidend für die Abwägung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung gezeigt haben, sind: *Therapie*, *Verhaltensänderung*, *sonstiges Vollzugsverhalten* und spezifische *Sachverständigengutachten*. Keine von diesen Aspekten sind mit der Anlasstat verbunden, da eine neue Berücksichtigung der Anlasstat eigentlich nicht als „neue Tat" eingestuft werden darf (vgl. *Ullenbruch* 2007: 65 f., 64). Siehe EGMR, *M. v. Deutschland*, Ziffer 88 (*supra* FN 432 ff. und Haupttext).

[494] „aa) Schon vor Einführung der Maßregeln der Besserung und Sicherung durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl I S. 995) normierte das Reichsstrafgesetzbuch vereinzelt Rechtsfolgen einer Straftat, die nicht als schuldvergeltende Strafen, sondern als vorbeugende und sichernde Maßnahmen angesehen wurden […]. Diesen ‚sicherungspolizeilichen' Eingriffen durfte der Gesetzgeber nach der Rechtssprechung des Reichsgerichts rückwirkende Kraft beilegen." (BVerfGE 109, 133, S.168/69); vgl. auch BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S.8996. Siehe auch kritisch *Böllinger/Pollähne* (2010: 2154 – Rn. 7 –).

> *„Diese formale Betrachtung kann nicht überzeugen. So fällt in internationaler wie historischer Sicht auf, dass ein- und dasselbe kriminalpolitische Ziel mal im Gewand einer unbestimmten Strafe, einer Rückfallschärfung oder auch in Form einer Maßregel verfolgt wird. Sollte gerade die möglicherweise schärfste Sanktion des Strafrechts keinerlei Strafcharakter besitzen? Anders formuliert: Kann es nur von der Etikettierung durch den Gesetzgeber abhängen, ob einer Sanktion Straf- oder Maßregelcharakter zukommt?“*[495]

Ein Kommentar zur Frage von *Kinzig* sollte auf jeden Fall betonen, dass die formale und etikettierungsabhängige Betrachtung des Bundesverfassungsgerichts die Macht des Diskurses und die wirkungsvollen Folgen der Begriffswahl hervorhebt. ‚Verbrecher‘, die wegen der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung in eine weitere Unterbringung gebracht werden, sollten deshalb anders bezeichnet werden, um diese Umstände sichtbar zu machen. Dass der Gesetzgeber diese sicherungspolizeilichen Eingriffe von der Garantie des Rückwirkungsverbots ausgeschlossen hat und dass der gegenwärtige Gesetzgeber von dieser Ausschließung Gebrauch macht,[496] hätte das Bundesverfassungsgericht wegen der dubiosen Verfassungsmäßigkeit von § 2 Abs. 6 StGB bezweifeln können.[497] Das Bundesverfassungsgericht nimmt dennoch die damalige Gesetzgebung als Modell und Legitimierung für die heutigen Entscheidungen an und vergegenwärtigt dadurch die ‚sicherungspolizeiliche‘ Natur der Maßnahme, die die Diskurse des Polizeirechts und der Gefahrenabwehr ausdrücklich benennt.[498] Das Verbot der *reformatio in pejus* wird in die-

---

[495] *Kinzig* 2006: 155.

[496] Der Gesetzgeber verlangt in diesem Zusammenhang sogar mehr. „Unverständlich ist auch, dass Sicherungsverwahrung nur angeordnet werden können soll, wenn eine der Anlasstaten nach Inkrafttreten des Gesetzes begangen wird.“ (E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S. 9).

[497] Kritisch über die „Verfassungsmäßigkeit“ dieser Rückwirkungsmöglichkeit (§ 2 Abs. 6 StGB) äußert sich *Finger* (2008: 149 ff.), die eine verfassungskonforme Auslegung von § 2 Abs. 6 StGB für unmöglich hält (*ibid.*: 169 ff.). „Daher sollte § 2 Abs. 6 StGB um einen Satz 2 ergänzt werden, der die uneingeschränkte Geltung des Rückwirkungsverbots für freiheitsentziehende und gegenüber schuldfähigen Tätern anzuordnende Maßregeln vorsieht“ (*ibid.*: 172). Die Autorin begründet auch ausführlich den Verstoß der nachträglichen Sicherungsverwahrung gegen die Europäische Menschenrechtkonvention (*ibid.*: 213 ff.). So auch der EGMR, *M. v. Deutschland*, Ziffer 120, 132 ff., siehe dazu *supra* FN 432 ff. und Haupttext.

[498] Kritisch dazu auch *Gärditz* 2006; *Pestalozza* 2004. Das Bundesverfassungsgericht entscheide nicht, ob das Maßregelrecht „der Sache nach“ strafrechtlicher oder polizeirechtlicher Natur sei, es stelle lediglich fest, dass die Sicherungsverwahrung zum zweiten Bereich des Sanktionssystems gehöre, sie hänge aber von der Strafe ab (*Mushoff* 2008: 38). Die Frage nach der sachlichen Natur der Maßnahme würde wahrscheinlich zu der bitteren Erkenntnis führen, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung nicht zum Strafrecht gehört. So auch *Böllinger/Pollähne* (2010: 2153 – Rn. 7 –), die behaupten,

sem ‚Gefährdungsrecht' der nachträglichen Sicherungsverwahrung ebenso markant verletzt.[499] Dieses Verbot wird in §§ 331 und 358 StPO für den Strafprozess festgestellt: „Das Urteil darf in Art und Höhe der Rechtsfolgen der Tat nicht zum Nachteil des Angeklagten geändert werden" (§ 331, Abs. 1 StPO). Es wird dort auch festgestellt, dass diese Vorschrift „der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt nicht" entgegensteht (§ 331, Abs. 2 StPO). Wenn explizit die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt als einzige Maßregeln erwähnt werden, die von dem Prinzip des Verbots der *reformatio in pejus* nicht gedeckt werden, heißt das im Umkehrschluss, dass die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung doch von dem Prinzip gedeckt ist. Eine nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ist damit die Negation dieses Prinzips.[500] Auch das *Legalitätsprinzip* wird von der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht respektiert.[501] Es gibt keine hinreichende Begründung dafür, welche Tatsachen zu einer weiteren Einsperrung führen, da die Tatsachen unbestimmt bleiben und es nicht um eine Tat geht.[502] Die nachträgliche Sicherungsverwahrung verstößt auch gegen das

---

dass „funktional und faktisch" die Vorschrift „ins Polizeirecht" gehöre, „denn sie regelt die Abwehr prognostizierter Gefahr".

[499] "Der Entwurf verzichtet bewusst darauf, die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung etwa für den Fall auszuschließen, dass zuvor in demselben Verfahren eine Anordnung abgelehnt wurde. Es wäre inkonsequent, einerseits die Notwendigkeit der Möglichkeit einer nachträglichen Anordnung anzuerkennen, das Gericht andererseits aber an einer – auf die Zukunft gerichteten – Prognoseentscheidung festzuhalten, die sich nach Auffassung des Gerichts selbst auf Grund später bekannt gewordener Tatsachen als objektiv unzutreffend erweist." (E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S.12).

[500] Schon früher kritisch über das Verbot der *reformatio in pejus* und spezifisch in Bezug auf die Maßregeln siehe *Kretschmer* 1999: 35 ff.; über das absolute Verbot der *reformatio in pejus* siehe *id.*: 52 ff., 126. Auch *Meier* (2006: 291) behauptet, dass „auch in die Rechtskraft des Urteils eingegriffen wird", und dies selbstverständlich gegen den Verurteilten.

[501] „Tatsachen im Sinne dieser Vorschrift sind dabei solche, ‚die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen'. Damit wird einerseits klargestellt, dass es sich um Tatsachen jenseits einer gewissen Erheblichkeitsschwelle handeln muss. Andererseits soll durch den Verzicht auf eine exemplarische oder ‚namentliche' Nennung von Tatsachen zum Ausdruck gebracht werden, dass monokausale Erklärungsmuster fehl am Platz sind. Zugleich wird hierdurch der Weg geebnet für den weiteren Prüfungsschritt in Gestalt der von Verfassungswegen gebotenen Gesamtwürdigung." (E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S.12)

[502] Verbunden mit dieser Frage ist das Problem des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG), das von der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht respektiert wird, da es unbestimmt bleibt, welche Tatsachen in der Gefährlichkeitsprognose als Grund für die Anordnung abgewogen werden. So auch *Böllinger/Pollähne* (2010: 2154 – Rn. 7 –), *Fin-*

Prinzip *ne bis in idem*.[503] Ob Art. 103 Abs. 3 GG anwendbar ist oder nicht, wurde im Urteil vom Bundesverfassungsgericht nicht entschieden. Allerdings bedeutet die im Gesetz erforderliche Gesamtwürdigung von Verurteilten, seiner Taten und seiner Entwicklung im Gefängnis, dass „die Tat" nochmals berücksichtigt würde: zunächst im Taturteil und danach – zumindest formell – in der Gesamtwürdigung.[504] Die Beurteilung der Tat an sich wird vom Grundsatz *ne bis in idem* gedeckt, der zur Verhinderung der doppelten Berücksichtigung[505] und damit zur verfassungsrechtlichen Unmöglichkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung führen sollte.[506] Die Verletzung dieser verfassungsrechtlichen Prinzipien machen den Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung zu einem ‚Verbrecher' der anderen Art. Die Figur des ‚Verbrechers' wird *entrechtlicht*. Der ‚Verbrecher' wird zum ‚Gefährder' gemacht.

Die ‚Gefährlichkeit' als Legitimierung für eine nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung verschiebt die Signifikantenkette und ihre Signifikaten auf weitere und neue Diskursgefüge *außerhalb* oder *an die diskursiven Grenzen* des Strafrechts. Nicht das Strafrecht, sondern die ‚Gefahrenabwehr' und damit die Maßnahme gegen sehr gefährliche Menschen ermöglichen, dass die nachträgli-

---

ger (2008: 173 ff.). Kritisch wegen des Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot siehe *Mushoff* 2008: 446 ff.

503 „Auch bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung muss angesichts der Bedeutung dieser Entscheidung für den Verurteilten und für das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit in einem transparenten Verfahren eine Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und seiner Entwicklung nach der früheren Verurteilung erfolgen. Diese Gesamtwürdigung kann am besten im Rahmen einer erneuten Hauptverhandlung durch das Gericht erfolgen, das sich bereits früher als Tatgericht mit dem Verurteilten und seiner Tat auseinander gesetzt hat und vor diesem Hintergrund seine weitere Entwicklung einschätzen kann." (E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S.15). Vgl. kritisch BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8996. Siehe auch kritisch *Böllinger/Pollähne* (2010: 2154 – Rn. 7 –). Über die Problematik dieses Prinzips bei der „normalen" Sicherungsverwahrung siehe *Weichert* 1989.

504 Es wurde bereits erklärt, dass diese Gesamtwürdigung eigentlich nicht existiert und nur das Verhalten im Gefängnis zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung beobachtet wird. „Vielmehr wird im Nachgang zur rechtskräftigen Verurteilung ein neues (präventiv-polizeilich ausgerichtetes) Verfahren in Gang gesetzt" (*Gärditz* 2006: 239). Diese Kritik bedeutet aber nicht, dass das Gesetz in der Formulierung nicht das Verbot der Doppelbestrafung verletzt.

505 Ein Verstoß der nachträglichen Sicherungsverwahrung gegen das Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG) sieht auch *Finger* (2008: 176 ff.), da jene eine echte gegen eine unechte Rückwirkung bedeutet, indem sie in einen bereits abgeschlossenen Sachverhalt ändernd eingreifen (*Finger* 2008: 193).

506 Im gleichen Sinne *Mushoff* 2008: 435 ff.

che Sicherungsverwahrung sogar für Ersttäter[507] und Heranwachsende im Gespräch ist.[508] Das Gefährlichkeitsetikett, das bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung im Mittelpunkt steht, verwandelt ‚Verbrecher' in ‚Gefährder': Ersttäter sollten als „extrem gefährlich"[509] möglichst lang in Haft sitzen; Heranwachsende „frühkriminelle Hangtäter"[510] von „verfestigter krimineller Gefährlichkeit"[511] verdienen keinen ihrem Alter entsprechenden rechtlichen Umgang. Das Gefährlichkeitsetikett fungiert hier als *Entrechtlichungsbegründung*. Sie ermöglicht eine bedeutsame Verschiebung in der Anwendung der rechtlichen Kategorien und Garantien. In einem Strafrechtsdiskurs dieser Art kann kaum überraschen, dass sich der Gesetzgeber über die Vorstellung einer Entlassung von verurteilten Personen, die die Strafe verbüßt haben, empört. „Es geht nicht an", dass diese ‚hoch gefährlichen Straftäter' entlassen werden müssen.[512] In diesem Diskurs gibt es keine ‚Verbrecher', die einen Anspruch auf Rechte und rechtliche Anerkennung verdienen.

3.2.3.2. Entsubjektivierung[513]

Die Subjekte, die von der nachträglichen Sicherungsverwahrung betroffen werden, werden mit Begriffen wie „Untergebrachte", „brandgefährliche Straftäter", „Verwahrte", „Verurteilte", „Hangtäter" bezeichnet. In solchen Signifikanten materialisiert sich der Diskurs der ‚Gefährlichkeit': Die Rede von ‚Gefahren' *desubjektiviert* den Adressaten und führt zum Begriff des ‚Gefährders'.[514] Die Bezeichnung der Adressaten wird in diesen diskursiven Maschen und Konstrukte der ‚Gefährlichkeit' verstrickt: Die Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung werden entweder als „*gefährlich*", „hoch gefährlich", „brand gefährlich" etc. bezeichnet; oder werden als *Quelle von Ge-*

---

507 E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S.13; E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.1; E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S.7.

508 E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.1; E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S.8. Grundlegend über die Sicherungsverwahrung gegen Heranwachsende siehe *Wüstenhagen* 2008: *passim.*

509 E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.1.

510 E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S.8.

511 E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.1.

512 E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.1.

513 Für die Idee der *Entsubjektivierung* siehe schon im Kapitel 1 die theoretischen Ansätze der Risikostudien. Auch in Kapitel 1 wurden die Ideen der *Entpersonalisierung* im Sinne Jakobs dargestellt.

514 Dass bei der Entwicklung der Sicherungsverwahrung nicht zu leugnen ist, dass der Verurteilte „an Subjektqualität verloren hat", wird auch von *Morguet* (2009: 112) behauptet.

fahren angesehen; oder aber schlicht und einfach als „*Gefahr*" dargestellt. Diese drei Alternativen drücken Prozesse der *Desubjektivierung* aus.[515]

1. *„gefährlich"*. Bei der Sicherungsverwahrung geht es, so das Bundesverfassungsgericht, um einen „chronisch unverbesserlichen Hangtäter, der sich dauerhaft jeder Behandlung verweigert und ungeachtet des fortschreitenden Alters bis an sein Lebensende gefährlich bleibt."[516] Diese Zuschreibung als „gefährlich" betont mal die Dauer, mal die Ernsthaftigkeit der ‚Gefahr'. Im Diskurs wird eine *langandauernde* ‚Gefährlichkeit' beschrieben bis zum Punkt einer lebenslangen ‚Gefährlichkeit', die den Mensch begleitet. Aus diesem Grund wird der Ausschluss aus der Gesellschaft als einzige Lösung angesehen. Menschen werden vom Bundesverfassungsgericht als „dauerhaft gefährlich"[517], vom Gesetzgeber als „gefährliche Rückfalltätern"[518] und als „weiterhin"[519] gefährliche Täter beschrieben. Die hervorgehobene *Dauer* der ‚Gefährlichkeit' scheint allerdings im Fall der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht nachvollziehbar zu sein. Gerade in der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung geht es um die Anordnung der Maßnahme, wenn sich die ‚Gefährlichkeit' *erst im Vollzug* zeigt. Es erscheint deshalb ein Widerspruch zu dieser Annahme, wenn als Begründung im Gesetzentwurf behauptet wird, dass die Maßnahme „den Gerichten ausschließlich eine Reaktionsmöglichkeit auf die vermutlich seltenen Fälle bieten [soll], in denen sich die fortdauernde Gefährlichkeit eines Verurteilten erst im Vollzug ergibt."[520] Die *fortdauernde* ‚Gefährlichkeit' kann nicht überprüft werden, wenn sie nicht bereits vorher festgestellt worden ist. Diese *fortdauernde* ‚Gefährlichkeit' kann auch nicht festgestellt werden, wenn es vorher keine Anzeichen und auch keinen Verdacht über eine solche Gefährlichkeit gab – wie es im Fall der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung noch der Fall ist.[521] Bei der nachträglichen Sicherungsver-

---

[515] Vgl. in diesem Sinne *Finger*, die in der nachträglichen Sicherungsverwahrung einen Verstoß gegen die Menschenwürde sieht, weil wegen der prekären Form der Prognose, nicht sicher gesagt werden könne, ob die Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB wirklich zur Abwehr dringender Gefahren angeordnet wird. Die Person wird daher zum „Objekt", „zum ‚Sicherungsobjekt'" (*Finger* 2008: 148).

[516] BVerfGE 109, 133, S. 161.

[517] BVerfGE 109, 190, S.240.

[518] E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S.6.

[519] E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S.6.

[520] E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 12.

[521] Gegen die Vorbehaltslösung, die für die Fälle „zweifelhafter Gefährlichkeitsprognosen" erdacht wurde, äußert sich zu Recht *Dessecker* (2004: 406): „Daß Gefährlichkeitsprognosen zweifelhaft sind, liegt aber geradezu im Wesen solcher Prognosen.". Schon *Andriopoulos* hat bemerkt, dass auch in den ersten Verteidigern des Gefährlichkeitskonzepts und der Sicherungsverwahrung solche Unbestimmtheit zugegeben worden ist. Bezüglich der Erläuterung des Gesetzentwurfs in Bezug auf die *Verwahrung gemeinge-*

wahrung geht es eigentlich nicht um eine fortdauernde ‚Gefährlichkeit', sondern um eine nach dem Verhalten im Gefängnis zugeschriebene ‚Gefährlichkeit'.[522]

Das Bundesverfassungsgericht nimmt die hohe ‚Gefährlichkeit' als *gewiss* an.

> *„Die bisherige Erfahrung mit den landesrechtlichen Straftäterunterbringungsgesetzen zeigt, dass es tatsächlich einige wenige Verurteilte gibt, gegen die zum Urteilszeitpunkt aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine Sicherungsverwahrung angeordnet wurde, die sich aber gleichwohl zum Entlassungszeitpunkt als hochgefährlich darstellen. […] in seltenen Ausnahmefällen ein so hohes Maß an Gewissheit über die Gefährlichkeit bestimmter Straftäter besteht, dass eine Freiheitsentziehung zum Schutz anderer Menschen notwendig erscheint."*[523]

Dadurch wollte das Bundesverfassungsgericht wahrscheinlich eine Begrenzung für die Anwendung der Maßnahme setzen: hohe Gewissheit und hohe ‚Gefährlichkeit'. Wird dennoch diese Voraussetzung mit den auch vom Bundesverfassungsgericht geäußerten Ideen konfrontiert, wird die begrenzende Gewissheit fragwürdig:

> *„Die Prognose ist und bleibt als Grundlage jeder Gefahrenabwehr unverzichtbar, mag sie auch im Einzelfall unzulänglich sein. […] ein bestimmter und bestimmbarer Anteil der Probanden versammele eine derartige Häufung von Risikofaktoren auf sich, dass eine Gefahr sicher prognostiziert werden könne."*[524]

Die Tatsache, dass „ein so hohes Maß an Gewissheit über die Gefährlichkeit bestimmter Straftäter"[525] eigentlich keine gesicherten Erkenntnisse liefern kann, weil Gefährlichkeitsprognosen immer „unzulänglich" sein können,

---

fährlicher Gesteskranker und vermindert Zurechnungsfähiger wird erklärt: „Der strafrechtliche Diskurs hat damit durch die Unterwanderung dogmatischer Begriffe und durch die Verlagerung bestimmter Figuren vom Strafrecht in administrative Maßregeln die Figur der ‚Gefährlichkeit' assimiliert. Die ‚Lücke' in der ‚sicheren Grundlage' der Strafrechtsreform wird jedoch auch in diesem Gesetzentwurf sichtbar, wenn Liszt feststellt, der ‚*Fundament*begriff' des Gesetzes, die ‚Gemeingefährlichkeits des Individuums', ‚bedarf' einer ‚gesetzlichen Bestimmung wohl nicht' – mit anderen Worten: ‚es gibt Gemeingefährlichkeit, auch wenn wir keine gute Definition von ihr haben.'" (*Andriopoulos* 1996: 91).

[522] Zutreffend ist auch die Kritik, die betont, dass sich die Gefährlichkeitsprognose bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung nur – um u. a. das Verbot der mehrfachen Bestrafung zu respektieren – „auf das Verhalten während des Aufenthaltes im Strafvollzug konzentriert. Deshalb wäre eine solche Prognose von vornherein wenig aussagekräftig für künftiges Verhalten in Freiheit." (*Dessecker* 2004: 405).

[523] BVerGE 109, 190, S. 236.

[524] BVerfGE 109, 133, S. 158.

[525] BVerfGE 109, 190, S. 236 (siehe *supra* nota 523).

scheint ein Dilemma zu sein.[526] Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Dilemma nicht lösen können.[527] Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts haben dennoch nicht eine Begrenzung, sondern eine Legitimation für die Maßnahme geschaffen. Im politischen Bereich wurde diese verfassungsrechtliche Legitimation angenommen und demzufolge begrüßt, dass „endlich höchstrichterlich entschieden [ist], dass unsere Bürgerinnen und Bürger das Recht haben, vor gefährlichen Gewaltverbrechern, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu Wiederholungstätern werden, geschützt zu werden.“[528] Hier lassen sich institutionelle Orten des Diskurses feststellen: Das Bundesverfassungsgericht, ohne ein strafrechtliches Gesetz über die nachträgliche Sicherungsverwahrung überprüfen zu müssen – es gab damals noch kein solches Gesetz –, hat durch die legitimierende Macht ihrer institutionellen Position eine nachträglich festgestellte und aufgrund des Verhaltens im Gefängnis prognostizierte ‚Gefährlichkeit‘ im strafrechtlichen Diskurs weiterentwickelt. An einer anderen Stelle des Diskurses – im Parlament – wurde diese Maßnahme für „besondere Gefährlichkeit“[529], „hochgefährliche Straftäter“[530], „bestimmte hochgefährliche Straftäter“[531] als Gesetz verabschiedet. Dadurch wurde der Diskurs weiter konkretisiert und allgemein anwendbar und stabiler gemacht.

Das Gefährlichkeitsetikett fungiert schließlich als konkrete Materialisierung und wahrheitsschaffende Chiffre. In einigen Bundesländern gibt es „hoch gefährliche“ Menschen, weil dort Gesetze verabschiedet wurden, die von „hoch gefährlichen“ Menschen ausgehen. Der Ansatz des *labelling,* nach dem es Kriminalität gibt, weil es Institutionen gibt, die bestimmte Taten als kriminell bezeichnen, findet hier seinen Ausdruck. Dieser Zusammenhang zeigt sich in einer parlamentarischen Diskussion: ein Abgeordneter der von CDU/CSU regierten Ländern, wo „hochgefährliche“ Täter in Unterbringung sitzen, wirft Abgeordneten der von SPD/Bündnis 90 DIE GRÜNEN regierten Bundesländern, wo es keine solchen Gesetze und deshalb keine „hoch gefährliche“ untergebrachten Tätern gibt, vor:

> *„Gibt es gefährliche Straftäter nur in Sachsen-Anhalt, Baden-Württemberg oder Bayern und nicht in Nordrhein-Westfalen, dem bevölkerungsreichsten Bundesland? Sind diese*

---

526 Siehe dazu *supra.*

527 Dieser Widerspruch, der in den Äußerungen des Bundesverfassungsgerichts zu beobachten ist, wird auch vom *Kinzig* (2006: 154; 2008: 43) kritisiert. Mit einer ähnlichen Auffassung siehe *Meier* (1991: 292), der kritisch bemerkt, dass die Entscheidung darüber, ob das Risiko „hoch“ ist oder nicht, eine „wertende Entscheidung“ ist.

528 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S.8992. Im gleichen Sinne *ibid.*, S.8996; E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S. 12.

529 E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S. 6.

530 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10554.

531 E-CDU/CSU, BT-Drs. 15/2576, S. 6; E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 1.

> *Bundesländer anders, oder liegt es daran, dass Sie in den Ländern, in denen Sie regieren, die Verantwortung […] nicht wahrnehmen, weil Sie politisch nicht in der Lage sind, solche Gesetze durchzusetzen?"*[532]

Politische Kontexte formieren den strafrechtlichen Diskurs. Und weil dieser Diskurs unmittelbare Wirkung auf den *Körper* der Betroffenen hat – Körper die eingeschlossen bleiben –, wird behauptet, dass das Parlament – als Ort des Diskurses des Strafrechts – eine Arena ist, in der die Körper der Individuen auf dem Spiel stehen. Die Begriffe, die in diesem Ort politisch strafrechtlich ausgewählt werden, sind sinnvolle (mit sprachlichem Sinn beladen) Signifikanten und Signifikate, die neue Äquivalenzen, Ausgrenzungen und Ordnungen schaffen. Wenn man in Sachsen-Anhalt, Baden-Württemberg oder Bayern keine Gesetze zur nachträglichen Sicherungsverwahrung hätte, gäbe es auch keine ‚hoch gefährlichen Täter', die nachträglich in Sicherungsverwahrung gebracht werden sollen.[533]

2. *„Quelle von Gefahren".* Eine zweite Variante der Bindung von Subjekt und Gefahr liegt darin begründet, dass Menschen nicht als ‚gefährlich' angesehen werden, sondern als ‚Quelle von Gefahren'. In diesen Fällen sind *nicht die Menschen* „hoch" gefährlich, *sondern die ‚Gefahren'*, die von ihnen ausgehen.[534] So behauptet das Bundesverfassungsgericht, dass die Anordnung von „Art und Maß der von dem Untergebrachten drohenden Gefahren" abhänge.[535] Es ginge schließlich darum, „gegenwärtige erhebliche Gefahren für das Leben, die körperliche Unversehrtheit, die Freiheit der Person oder die sexuelle Selbstbestimmung, die von besonders rückfallgefährdeten Straftätern ausgehen, zu vermeiden."[536] Diese Ansicht vertreten manche Parlamentarier auch für bestimmte psychisch Kranke, die untergebracht sind und irgendwann keine weitere psychiatrische Behandlung mehr benötigen: „Dabei kann auch von diesem

---

532 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10555.

533 Der Gefährlichkeitsdiskurs schafft nicht nur andere Menschenkategorien mit den entsprechenden Wirkungen, sondern auch Stoff für die politische Konfrontation. Wenn dieser Diskurs nur von einigen, aber nicht von allen völlig ausgenutzt wird, können Kommunikationsstörungen eintreten, die nicht nur zu innenparteilichen Konflikten, sondern auch zu Konflikten innerhalb einer Bevölkerung, die zu schützen ist, und den Zuständigen für diese Schutzaufgaben führen können: „Mein Appell an die FDP lautet deshalb: … , dass Sie der Bevölkerung sagen: Wir, die FDP-Fraktion, sind dafür, acht gefährliche Wiederholungstäter, die jetzt untergebracht sind, freizulassen." (BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10555). Die Bevölkerung muss über die Existenz und Bedeutung von „gefährlichen Wiederholungstätern" informiert werden.

534 BVerfGE 109, 133, S.174; E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 13 f., S. 15; BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8994.

535 BVerfGE 109, 133, S. 159.

536 BVerfGE 109, 190, S. 237.

Personenkreis die Gefahr weiterer erheblicher Straftaten ausgehen, die nach unserer übereinstimmenden Auffassung grundsätzlich die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung rechtfertigen könnte."[537] *Mensch und ,Gefahr' werden voneinander getrennt.* Auch wenn dies auf ersten Blick „akzeptabler" klingt, zeigt sich im Ergebnis, dass die Auswirkungen gleich oder sogar intensiver sind, als die Anwendung des Signifikanten ‚gefährlich'. Die Person tritt in den Hintergrund, die Bemühungen konzentrieren sich ausschließlich auf die ‚Gefahren'. Potenzielle Opfer können durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung, so das Gericht, „vor drohenden erheblichen Gefahren deutlich besser beschützt werden".[538] An anderer Stelle führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Die Maßregel ist eine Maßnahme, die Gefahren vorbeugt und in die Zukunft wirken soll."[539] Die ‚Gefahren' und die von ihnen verursachte Gefährdungslage müssen „beherrscht" werden:

> *„Bei der Sicherungsverwahrung handelt es sich nicht um die Bewertung eines in einer Strafnorm vertypten Unrechts im Einzelfall, sondern um die Beherrschung einer Gefährdungslage."*[540]

Der Zweck für eine „Beherrschung erheblicher Rückfallgefahren"[541] sei freilich ein gemeinsamer Aspekt für die Sicherungsverwahrung nach § 66 StGB und der Unterbringung nach dem Unterbringungsgesetz von Bayern und Sachsen-Anhalt.[542] Es sei, so weiter das Bundesverfassungsgericht, „die Pflicht des Staates, die Bürger vor derartigen Gefahren zu schützen".[543] Der Bezug auf ‚Gefahren' und auf die notwendige ‚Abwehr' *desubjektiviert* die Frage, das Subjekt bleibt hier lediglich als Quelle, und verkettet das Strafrecht und seine Adressaten an die reine ‚Gefahrenabwehr' und die von ihr vorzubeugenden ‚Gefahren'. Die Bezeichnung ‚Gefährder' reflektiert diese kritische Konstruktion.

3. *„Gefahr"*. Die dritte kaum angewendete Alternative, die in den parlamentarischen Texten zur nachträglichen Sicherungsverwahrung zu beobachten ist, ist die schlichte und einfache *Gleichsetzung von Mensch und ‚Gefahr'*. Der Mensch sei nicht ‚gefährlich' und von ihm gingen auch nicht ‚Gefahren' aus: *Er sei* eine Gefahr. Das Substantiv ‚Gefahr' und das Subjekt Mensch werden als identisch angesehen. So stellt der Gesetzgeber fest: „Solche Leute sind von Anfang an eine Gefahr und werden dies leider wohl immer bleiben, trotz aller

537 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8994.
538 BVerfGE 109, 133, S. 187.
539 BVerfGE 109, 133, S. 174.
540 BVerfGE 109, 133, S. 188.
541 BVerfGE 109, 190, S. 225.
542 BVerfGE 109, 190, S. 225.
543 BVerfGE 109, 190, S. 237 f., auch BVerfGE 109, 190, S. 220.

medizinischen und psychiatrischen Erfolge. Man verschlösse die Augen, wenn man so täte, als gäbe es das Problem nicht.“ [544]

Zu behaupten, dass ein Mensch immer eine ‚Gefahr‘ darstellt, ist anders als zu behaupten, dass eine Person ein ‚Risiko‘ ist.[545] Beide Behauptungen sind allerdings Formen einer *Desubjektivierung,* wie es das Bundesverfassungsgericht deutlich macht, wenn es die Erklärung des Gesetzgebers annimmt:

> *„In der Praxis der forensischen Psychiatrie hat sich im Übrigen das Wissen um die Risikofaktoren in den letzten Jahren erheblich verbessert […] ein bestimmter und bestimmbarer Anteil der Probanden versammele eine derartige Häufung von Risikofaktoren auf sich, dass eine Gefahr sicher prognostiziert werden könne.“*[546]

Das Subjekt löst sich diskursiv auf und wird als Summe von Faktoren und Wirkungen gesehen.[547] Diese Idee zeigt einen der wichtigsten Aspekte, die die nachträgliche Sicherungsverwahrung von den früheren Formen der Sicherungsverwahrung unterscheidet. Da die Adressaten der Maßnahme infolge ihres Verhaltens im Gefängnis zunächst beobachtet und dann als ‚hoch gefährliche Täter‘ bzw. als ‚Gefährder‘ konstruiert werden, werden Risikofaktoren gebildet, die nicht mit der Tat verbunden sind, sondern mit bestimmten Verhaltensmustern, die systematisch abgewogen und einkalkuliert werden. Eine ‚Gefährlichkeit‘ im positivistischen Sinne ist eigentlich durch die Prognose nicht gegeben, sondern vielmehr *die Möglichkeit* eines zukünftigen *gefährdenden* und *unsicher machenden Verhaltens.*

Durch diese Desubjektivierung werden ‚Gefährder‘ von der Gesellschaft exkludiert.[548] Er wird eher als Bündel von *gefährdenden* und *unsicher machenden* Verhaltensweisen, als Summe von Risikofaktoren oder als Bedrohungslage konstruiert. Im Unterschied zu einem ‚gefährlichen‘ Täter, der immer noch zur Gesellschaft gehört und deswegen immer noch gewisse Rechte hat, wird im strafrechtlichen Diskurs der ‚Gefährder‘ als eine Figur konstituiert, die nicht länger zur Gesellschaft gehört. Der ‚Gefährder‘ stelle vielmehr die konstitutive

---

544 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 9002.

545 Für die Annahme einer Wandlung von „Gefährlichkeit“ zur „Risiko“ im Kontext von Regierungsstrategien siehe *Castel* 1983.

546 BVerfGE 109, 133, S. 158. Kritisch zu dieser Sicherheit, die das Gericht zeigt und die selbst vom Gericht wegen der Unsicherheit der Prognose anderswo infrage gestellt wird, siehe auch *Kinzig* 2008: 43.

547 Eine kritische Analyse der präventiven Politiken nimmt *Castel* vor, indem er die Dekonstruktion des Subjekts durch diese Politiken betont (*Castel* 1983: 61). Der Autor spricht gerade in diesem Fall von einer neuen „Risikodimension“ im Gegensatz zur alten „Gefährlichkeit“.

548 Über weitere Erläuterungen zur Unterschied zwischen dem ‚gefährlichen Verbrecher‘ und dem ‚Gefährder‘ siehe Abschnitt 5.1.2.1.

Negation der Gesellschaft dar, weil er sie *gefährde* und *unsicher mache* und quasi als existenzielle Bedrohung angesehen wird.

> *„…Hier droht Gefahr für die Bürger, weil Sachverständige offensichtlich erkannt haben, dass man diese Menschen nicht auf die Gesellschaft loslassen kann. […] Jemand, der genug Gerichtspraxis hat, weiß: Es gibt in unserer Gesellschaft leider Menschen, bei denen alle staatlichen Versuche, sie zu resozialisieren und zu bewegen, sich neu zu fixieren, nicht helfen und bei denen die Fachleute, die Psychologen – es geht hier um zwei unabhängige Gutachter –, feststellen: Um Gottes willen, lasst ihn nicht auf die Gesellschaft los."*[549]

Der ‚Gefährder' kann daher als eine Konstruktion verstanden werden, die die Nichtsicherheit bzw. die Unsicherheit in einer Figur konzentriert. Es geht also nicht um einen konkreten gefährlichen Verbrecher, sondern um eine diffuse strafrechtliche Konstruktion, die die Sicherheit der Allgemeinheit negiert.

3.2.4. Grenzdiskurse

Die Frage der Gefährlichkeit öffnet ein ganzes Spektrum von Signifikanten und Signifikaten und möglichen Techniken wie Dispositiven, die sich zum Diskurs und Instrumentarium des Strafrechts widersprüchlich verhalten. Die Frage der ‚Gefährlichkeit' und der ‚Schutz' vor dieser Gefährlichkeit verlagern die Diskussion vom Bereich des Strafrechts auf andere Gebiete. Diese anderen Gebiete befinden sich trotzdem unter dem Dach eines sogenannten ‚Strafrechts', das im Einklang mit dem Rechtsstaat stehen soll. Die Schutzfunktion des Staates, die durch eine nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung erfüllt werden soll, knüpft neue Signifikanten bzw. Begriffe an die Signifikantenkette des Strafrechtsdiskurses (an ‚Verbrecher', ‚Tat', ‚Strafe' werden ‚Gefahren', ‚Risiken', ‚Abwehr', ‚Bekämpfung' etc. angeknüpft); dies führt zu weniger und nicht zu mehr strafprozessualen Garantien für die Betroffenen. Die ‚Gefährder', d.h. die Figuren, die gegenwärtig von diesem Strafrecht adressiert werden, können nicht als ‚Verbrecher' bezeichnet werden, da dieser Signifikant (/Verbrecher/) eine Reihe Signifikaten andeutet, die bei diesen neuen Figuren nicht zutreffen. Der Staat will mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung seiner Schutzfunktion gegenüber der Bevölkerung gerecht werden. Allerdings bleiben die Subjekte, vor denen die Bevölkerung geschützt werden soll, unbestimmt. In diesem Abschnitt geht es um die Frage, welche Mittel für diese Aufgabe umgesetzt werden. Eine Passage[550] aus den analysier-

---

[549] BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 9002.

[550] In dieser Passage, die hier stückweise dargelegt wird, stellt ein Abgeordneter der SPD in der 2./3. Lesung die Probleme zu den verschiedenen Entwürfen einer nachträglich

ten Dokumenten bringt diese Fragen auf dem Punkt, indem sie die Probleme einer nachträglichen Sicherungsverwahrung als ein rechtsstaatlich legitimiertes Strafrecht präsentiert. Diese Probleme gelten im Folgenden als Leitfaden der Analyse. Der Diskurs über die nachträgliche Sicherungsverwahrung hat eine konkrete Wirkung auf den Körper und auf die Freiheit der Betroffenen, die der Exklusion ausgesetzt sind.

> *„Zunächst einmal muss man wissen, worüber wir reden. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist das eigentliche Lebenslänglich. Nachträgliche Sicherungsverwahrung heißt im Regelfall, dass der Mensch, den der Staat wegzusperren beschlossen hat, aus der Haft nicht wieder herauskommt.“*[551]

Exklusion kann verschiedene Formen, Adressaten, Zwecke und Orte haben. Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung geht es um eine körperliche Exklusion, die durch rechtliche Mittel umgesetzt wird. Ihre Adressaten sind diejenigen, die nach konstruierten Risikofaktoren als „hoch gefährlich“ angesehen werden. Diese Exklusion bezweckt den Schutz der Gesellschaft und findet deshalb innerhalb der Gesellschaft statt, in einer geschlossenen Unterbringung, die keinen Kontakt zur Gesellschaft ermöglicht. Diese Exklusion ist „eigentlich lebenslänglich“, sodass „der Mensch, den der Staat wegzusperren beschlossen hat, aus der Haft nicht wieder herauskommt“. Ob diese Exklusion als strafrechtlich betrachtet werden kann oder nicht, soll im Folgenden analysiert werden.

> *„Zweitens bewegen wir uns mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung auf einem ganz schmalen Grat, im Grenzbereich zwischen Polizeirecht und Strafrecht. […] Drittens geht es um reine Prävention – darauf ist schon hingewiesen worden –, nicht um eine schuldangemessene Strafe.“*[552]

Die nachträgliche Sicherungsverwahrung bewegt sich in einer unbestimmten Zone zwischen Strafrecht, Polizeirecht und Prävention. Sie geht aber viel weiter in ihren Wirkungen als die frühere Form der Sicherungsverwahrung und schafft strafrechtliche Grundsätze ab. Vielleicht besteht das Problem nicht darin, dass die nachträgliche Sicherungsverwahrung falsch eingeordnet wird, sondern dass die inhaltliche und formelle Logik und Struktur des Strafrechtsdiskurses sie erst ermöglicht. Vielleicht ist die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung ein Ausdruck von bisher eher unausgesprochenen Diskursfacetten des Strafrechts.

---

angeordneten Sicherungsverwahrung dar. Seine Rede ist die letzte Rede, bevor der Entwurf der Bundesregierung als Gesetz beschlossen wird.

[551] BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10558.

[552] BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10558 f.

3.2.4.1. Die Sicherungsverwahrung als reaktive sicherungspolizeiliche Maßnahme

Das Bundesverfassungsgericht verwendet die Entstehungsgeschichte der Sicherungsverwahrung als Begründung dafür, dass die Sicherungsverwahrung von den Garantien des Strafrechts niemals gedeckt worden ist.

> *„aa) Schon vor Einführung der Maßregeln der Besserung und Sicherung durch das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24. November 1933 (RGBl I S.995) normierte das Reichsstrafgesetzbuch vereinzelt Rechtsfolgen einer Straftat, die nicht als schuldvergeltende Strafen, sondern als vorbeugende und sichernde Maßnahmen angesehen wurden […]. Diesen ‚sicherungspolizeilichen' Eingriffen durfte der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts rückwirkende Kraft beilegen."*[553]

Dieses Vokabular spricht von Maßnahmen, die eng mit Funktionen der Exekutive – und nicht des regulären Gesetzgebers – verbunden sind. Die Annahme des Bundesverfassungsgerichts *entspricht der Entstehungsgeschichte der nachträglichen Sicherungsverwahrung*: sicherungspolizeiliche Maßnahmen, die manche Bundesländern als Notmaßnahmen zur Anwendung in konkreten Fällen beschlossen haben, werden durch die Intervention des Bundesverfassungsgerichts in Bundesgesetze umgewandelt. Diese Gesetze werden dann durch reguläre Kanäle der Bundesgesetzgebung verabschiedet und haben daher allgemeine – und sogar rückwirkende –Gültigkeit erhalten. Das Bundesverfassungsgericht spricht auf diese Weise Recht in einer *nicht distanzierten* Form.[554] Auch in der

[553] BVerfGE 109, 133, S.168 f.

[554] Die Annahme der mangelnden Distanz der polizeilichen Interventionen – im Gegensatz zu dem neutralen und entfernten Handeln des Rechtes – führt für *Walter Benjamin* dazu, dass Polizei und Recht, wenn sie sich vermischen, nie gerecht sein können. Diese Auffassung wird von *Jacques Derrida* weiterentwickelt, der aber von Anfang an auf die Unmöglichkeit der Gerechtigkeit im Recht, und an die strukturelle Zusammensetzung von Recht und Polizei – und daher auch von Recht und Gewalt – hinweist (vgl. *Benjamin* 1965, *Derrida* 1991). Gerade diese mangelnde Distanz ist ein Element, das das ‚Gefährdungsrecht' charakterisiert. Diese nicht distanzierte Form der gesetzgeberischen Verabschiedung der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird auch von *Finger* (2008) infrage gestellt. Die Autorin fragt sich, ob „überhaupt ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf" besteht: „Die Gesetzesbegründung selbst geht nur von einigen wenigen Verurteilten aus, die für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung in Betracht kommen. Aufgrund dessen könnte daran gedacht werden, dass es sich bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung um ein nach Art. 19 Abs. 1 GG verbotenes Einzelfallgesetz handelt." (*ibid.*: 129). Sie verneint jedoch die Frage, weil es sich um eine abstrakt-generelle Regelung handelt, die sich für unzählige Fälle anwenden ließe. Die Nichtdistanz, die in der vorliegenden Arbeit angenommen wird, wird trotzdem in der Form des gesetzgeberischen Verfahrens bestätigt.

konkreten Anwendung zeigt sich diese mangelnde Distanz: Muss die Erwägung der Gefährlichkeitsprognose und gegebenenfalls die Anordnung der Sicherungsverwahrung von dem Gericht, das im Hauptprozess tätig war, entschieden werden? Oder müssen die Erwägung und Anordnung von einer Strafvollstreckungskammer, die sich vielleicht während der Strafvollstreckung schon mal mit dem Betroffenen und seine Unterlagen befasst hat, gemacht werden? Oder muss die Anordnung von einem Gericht beschlossen werden, das sich früher mit dem Fall nicht beschäftigt hat? Alle diese Möglichkeiten offenbaren, wie prekär die Institution ist: die erste Möglichkeit (gleicher Richter wie im Hauptprozess), weil man hier gegen die Idee eines *ne bis in idem* explizit und quasi symbolisch verstoßen würde; die dritte (neues Gericht), weil es nicht deutlich zu entscheiden wäre, was für ein Richter diese Aufgabe haben könnte. Die zweite Möglichkeit (Strafvollstreckungskammer) ist besonders problematisch, wie es in der parlamentarischen Diskussion zu beobachten ist. [555] Die unmittelbaren und rückwirkenden Effekte neuer Gesetze, die das Gericht selbst als „‚sicherungspolizeiliche' ‚Eingriffe" versteht, könnte eine Infragestellung erreichter rechtsstaatlicher Maßstäbe andeuten. Diese rechtsstaatlichen Maßstäbe werden neuausgelegt. Seitdem das Bundesverfassungsgericht, als Interpret, diese Maßstäbe neu definiert hat, können diese Maßstäbe von diesem Sprecher – dem Bundesverfassungsgericht – nicht verletzt werden. In den diskursiven Gefügen des Strafrechts spielt das Bundesverfassungsgericht die Rolle der höchsten Autorität, die durch ihre Aussagen die Wahrheit materialisiert. Sicherungspolizeiliche Maßnahmen werden durch die Auslegungen des Bundesverfassungsgerichts umgewandelt. Sie werden in Maßnahmen für das Strafrecht verwandelt. Der Ort und die Einschreibung dieser Aussagen verleihen ihnen die Macht der wahren strafrechtlichen Diskursmaterialisierung. Die Distanz zwischen Recht und Anwendung wird neu definiert. Diese Ausle-

[555] Die Befürworter dieser Alternative betonen, „dass sich die Strafvollstreckungskammer während der Strafvollstreckung mit dem Täter befasst und insofern eine fundierte Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung treffen kann." (BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8992). Ferner wollen sie „Richter, die sich mit dem Fall und dem Täter auch während der Haftzeit ausgiebig haben befassen können, um dann zu einer qualifizierten Entscheidung zu kommen." (BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8993). Einen längeren und quasi unmittelbaren Kontakt von der Vollstreckungskammer mit denjenigen, die „ja auch nicht sicherungsverwahrt werden [sollen]" (BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8997), wird es kaum geben. Trotzdem wird in der Diskussion die Möglichkeit deutlich, dass diese Kammer im Laufe der Strafvollstreckungszeit in Kontakt mit dem Betroffenen käme – und zwar mit denen, „die im Vollzug auffällig geworden sind" (BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8997) – eher wahrscheinlich ist.

gung führt zur reaktiven Form der nachträglichen Sicherungsverwahrung. Das Bundesverfassungsgericht hat dazu erklärt:

> *„Eine an Wortlaut, Gesetzesgeschichte, Systematik und Normzweck orientierte Auslegung ergibt, dass zum Strafrecht die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten gehört, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen.“*[556]

In diesem Zitat wird behauptet, dass die Regelungen aller Reaktionen auf Straftaten, die bestimmte Merkmale innehaben, zum Strafrecht gehören. Diese Reaktion geht aber weit über eine Strafe und sogar weit über eine ordentlich regulierte und rechtzeitig beschlossene Präventionsmaßnahme hinaus. Die Bundesregierung hat diese Auffassung wie folgt begründet: Diese nachträgliche Sicherungsverwahrung „soll den Gerichten ausschließlich eine Reaktionsmöglichkeit auf die vermutlich seltenen Fälle bieten, in denen sich die fortdauernde Gefährlichkeit eines Verurteilten erst im Vollzug ergibt.“.[557] Die Landesgesetze haben gerade diese Situation geregelt und auf konkrete Fälle durch polizeiliche Gesetze reagiert. Dieses Recht wurde in einer *nicht distanzierten* Form verabschiedet – es war zeitlich dringend und inhaltlich keine abstrakte Regel für die Bürgerschaft, sondern auf konkrete Fälle bezogen. Diese Form ist über das Bundesverfassungsgericht in die Verabschiedung der nachträglichen Sicherungsverwahrung eingeflossen. Der Diskurs des Polizeirechts wandelte sich im Rechtsdiskurs. Die Ausnahme wurde als Regel verabschiedet.

3.2.4.2. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung: Ultima Ratio oder Notmaßnahme?

Die nachträgliche Sicherungsverwahrung wird vom Gesetzgeber einerseits als „Ultima Ratio“,[558] d.h. als letzte Stufe in den möglichen strafrechtlichen Antworten – *Reaktionen* – auf eine Tat und als letzte Stufe der Schutzmittel angesehen. Sie wird jedoch andererseits als „Notmaßnahme“ präsentiert,[559] d.h. als Maßnahme, die im „Notstand“ angewendet wird. Beide Möglichkeiten mögen ähnlich klingen und werden auch als ähnlich in den Diskussionen dargestellt. Sie sind aber zwei unterschiedliche Dinge. Während im ersten Fall die Maßnahme immer noch innerhalb des Strafrechts bleibt – als letzte Stufe –, liegt

---

556 BVerfGE 109, 190, S. 211 f.

557 E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 12.

558 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8995; E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 13. Kritisch zum tatsächlichen Verstoß gegen das *ultima ratio-* Prinzip *Mushoff* 2008: 427.

559 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 9000.

die nachträgliche Sicherungsverwahrung im zweiten Fall außerhalb des regulären Strafrechts und dementsprechend ist sie nicht eine letzte Stufe, sondern eine Ausnahme bzw. eine Maßnahme, die außerhalb der regulären Ordnung liegt.

Der ‚Notstand' bzw. der Ausnahmezustand ist eine Situation, die bekanntlich nur im politischen Bereich einzuschätzen und zu erklären ist.[560] Es ist nicht zufällig, dass der ‚Notstand' als Rechtfertigung für die Verabschiedung von Unterbringungsgesetzen zunächst in den Bundesländern angewendet wurde. Diese sicherungspolizeilichen Gesetze sind „im Sinne einer Notstandsgesetzgebung geschaffen worden"; sie sind eine „Notstandsgesetzgebung."[561] Die Landesgesetze wurden als polizeiliche politische Maßnahme zur Verteidigung der Bevölkerung konstruiert und verabschiedet. Die Ausnahmesituation wurde durch die ‚hohe Gefährlichkeit' der wenigen ‚Schwerstverbrecher' gerechtfertigt, die kurz vor ihrer Entlassung standen. Eine „Notstandsgesetzgebung" passte in diesem Sinne sehr wohl zur Annahme der ‚Gefährlichkeit': Die ‚Gefährlichkeit' ist unmöglich nachzuweisen. Sie kann lediglich – und immer mit hoher Fehlerwahrscheinlichkeit – prognostiziert werden. Diese Prognose reicht, um einen ‚Notstand' auszurufen. Der ‚Verbrecher' wird zur ‚Gefahr' gemacht, der die allgemeine Sicherheit *unsicher macht* und *gefährdet.* Er wird zu jemandem gemacht, der die „Negation der eigenen Art" bedeuten kann. Er soll bekämpft werden.[562] Eine politische Entscheidung beschließt die Ausnahme bzw. die ausnahmeartige Unterbringung. Bis zu diesem Zeitpunkt geht man nicht von einem ‚Gefährder', sondern von einer ‚Gefahr' aus. Erst wenn diese politisch ausgerufene Ausnahme durch die Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts in rechtliche Regel umgewandelt wird, wird der ‚Verbrecher' zum ‚Gefährder'. Erst wenn die *Entrechtlichung* und *Desubjektivierung* durch rechtliche Mittel vollzogen ist, generiert die diskursive Verschiebung des Straf-

---

[560] Nach *Carl Schmitt* (1922: 9) lässt sich feststellen, dass diese Entscheidung über die Notwendigkeit der nichtrechtlichen Mittel sowie die Entscheidung über den Ausnahmezustand nur vom Souverän getroffen werden darf und kann. Nur der Souverän kann entscheiden ob man vor einer Gefahr für Staat und oder Volk steht. Es muss in jedem konkreten Fall entschieden werden, „ob das Anderssein des Fremden im konkreten vorliegenden Konfliktsfalle die Negation der eigenen Art Existenz bedeutet und deshalb abgewehrt oder bekämpft wird, um die eigene, seinsmäßige Art von Leben zu bewahren" (*Schmitt* 1963: 27). Nur der Souverän kann entscheiden, gegebenenfalls den Ausnahmezustand aufzurufen. Der ist also die einzige Instanz, die von oben das Gesetz anwendet oder außer Kraft setzt, je nachdem, was als notwendig für die Verteidigung vom Staat und Bevölkerung angesehen wird. Die Entscheidung des Souveräns ist in dieser Form selbst Recht. So wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die Ausnahme im Recht anzunehmen, Recht schafft.

[561] BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10554.

[562] Vgl. *Schmitt* 1963: 27.

rechts ein neues ‚Gefährdungsrecht'. Das Gericht hat festgestellt: „Die Entscheidung über die Fortdauer der Sicherungsverwahrung gemäß § 67d Abs.3 StGB hat sich auf ein Sachverständigengutachten zu stützen, das der besonderen Tragweite und dem Ausnahmecharakter dieser Entscheidung gerecht wird."[563] Ähnlich lautet die Begründung auch im zweiten Urteil: „Das überragende Interesse der Allgemeinheit an effektivem Schutz vor bestimmten hochgefährlichen Straftaten kann in Ausnahmefällen das Freiheitsinteresse der von der Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung Betroffenen aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG überwiegen".[564] Im Diskurs bleibt die nachträgliche Sicherungsverwahrung eine Ausnahme im Sinn einer Notmaßnahme. Dennoch wird der ganze Diskurs des Strafrechts von dieser Umwandlung betroffen. *Die höchste diskursive Instanz des Strafrechtsdiskurses schreibt in ihren Urteilen eine Wahrheit ein, die das Politische ins Recht artikuliert. Die Ausnahme schafft den Strafrechtsdiskurs ab und schreibt ihn zugleich als normales ‚Gefährdungsrecht' ein.*

Die nur scheinbar ausnahmeartige Form der nachträglichen Sicherungsverwahrung ist ein besonderer Ausdruck des ‚Gefährdungsrechts'. Durch die Grenzdiskurse des Polizeirechts und der ‚Gefahrenabwehr' ist die Ausnahme im Diskurs angenommen. In Wirklichkeit ist sie aber – über die rechtliche Form des ‚Gefährdungsrechts' – zur Regel geworden. Im folgenden Abschnitt wird diese Rechtsform untersucht.

3.2.5. Rechtsform

Mit Rechtsform ist die *Ausdrucksform* des Rechts gemeint. Im Sinne *Agamben* ist die Rechtsform von einer bloßen Lebensform zu unterscheiden, da die Lebensform ausschließlich mit dem nicht politisierten Leben zu tun hat, mit der Potenz des Lebens unabhängig von jeglichen rechtlichen und politischen Formen.[565] Die Rechtsform verkörpert dagegen das politische bzw. das institutionelle Gefüge und kann in das *bloße Leben* eindringen und es gerade „rechtsförmig" machen.[566] Dieses Konzept soll nicht mit der Rechtsform von *Habermas* verwechselt werden. Bei *Habermas* ist die Rechtsform als eine legitimierende Rechtsform zu verstehen, d.h. als eine genaue Gestaltung des Rechts, die zu seiner Legitimation führt. Er versucht „ein System der Rechte zu begründen,

[563] BVerfGE 109, 133, S. 164.
[564] BVerfGE 109, 190, S. 239.
[565] Vgl. *Agamben* 2006: 13 ff., 17.
[566] Auf die Idee „Rechtsform" in Verbindung mit der Ausnahme und mit der „Geltung ohne Bedeutung" (*Agamben* 2002: 60 ff.) wird noch in Abschnitt 6.1 zurückzukommen sein.

das die private und öffentliche Autonomie der Bürger gleichgewichtig zur Geltung bringt. Dieses System soll genau die Grundrechte enthalten, die sich Bürger gegenseitig einräumen müssen, wenn sie ihr Zusammenleben mit Mitteln des positiven Rechts legitim regeln wollen."[567] Die Rechtsform wird in diesem Abschnitt dagegen als eine bestimmte Äußerungsmodalität der staatlichen Intervention. Die Legitimatität der Intervention hat zu dieser Rechtsform keine unmittelbare Bindung.

3.2.5.1. Wer entscheidet im Abstrakt?

> *„Der letzte Punkt – er ist hier noch nicht angesprochen worden – : Mit der nachträglichen Sicherungsverwahrung greifen wir im Ergebnis in das Rechtsstaatsprinzip ein.‘*[568]

Diese Aussage ist eng mit der Rechtsstaatsfrage verbunden.

---

[567] *Habermas* 1992: 151. Durch die rechtsförmige Institutionalisierung wird „dem Prozeß der Rechtssetzung legitimitätserzeugende Kraft" verliehen. (*Habermas* 1992: 154). Aus dieser Perspektive sei legitimes Recht nur mit einem Modus von Rechtszwang zu vereinbaren, „der die rationalen Motive für Rechtsgehorsam nicht zerstört. Das zwingende Recht darf seine Adressaten nicht dazu *nötigen*, es muß ihnen freistellen, von Fall zu Fall auf die Ausübung ihrer kommunikativen Freiheit und auf die Stellungnahme zum Legitimitätsanspruch des Rechts zu verzichten, d.h. im Einzelfall die performative Einstellung zum Recht zugunsten der objektivierenden Einstellung eines nutzenkalkulierenden und willkürlich entscheidenden Aktors aufzugeben. Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden können." (*Habermas* 1992: 154). Die Zusammensetzung von Autonomie, Konsens und rechtsförmiger Institutionalisierung mag so dem Recht seine Legitimität verleihen. Diese Legitimität entsteht daher aus der Form des Rechts und nicht unmittelbar aus seinem Inhalt. Weil in dieser Interpretation der Rechtsstaat nur eine Bindung demokratisch ausgeübter politischer Macht an die *Form* des Rechts bewirkt und nicht an bestimmte rechtlich fixierte Inhalte, bleibt die Rechtstheorie von Habermas „radikal-demokratisch". Die klassischen Institute des Rechtsstaats bieten dem Gesetzgeber keine inhaltlichen Bindungen. So wird die Idee der Grundrechte „zu einem *System der Rechte* abstrahiert, das nur noch die notwendige Rechtssubjektivität der Bürgerinnen und Bürger zum Ausdruck bringt, aber keinen verfassungsrechtlichen Status gegenüber den Normen des einfachen Rechts mehr hat." (*Lieber* 2007: 7). Die Rolle des Rechtes und die Bedeutung seiner „Form" wird von Habermas erklärt: „Der Beitrag, den das Medium ‚Recht' als solches zur Legitimationskraft des demokratischen Prozesses leistet, besteht darin, dass es über Verfahren (im engeren Sinne von Rechtsverfahren) die ‚kooperative Wahrheitssuche' mit Entscheidungsprozessen koppelt und sie auf diese Weise zur diskursiven Entscheidungsvorbereitung umwidmet." (*Habermas* 1996: 350 f.). In diesem Abschnitt wird dagegen Rechtsform nicht als die Form verstanden, die dem Recht seine Legitimation demokratisch verleiht, sondern als die Form, in der sich das Recht ausdrückt, wirkt und Materialität schafft.

[568] BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10558 f.

Heute gibt es keinen Souverän, der über die Ausnahme entscheidet. Dennoch gibt es Instanzen, die über die Ausnahme entscheiden und im *schmitt*schen Sinne als souveräne Entscheidungsträger agieren. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist eine Maßnahme, die als *Notmaßnahme der Kriminalpolitik* dient. Wie werden also die Rollen für die Verabschiedung und Kontrolle einer solchen Maßnahme verteilt? Die Gewaltenteilung und die gegenseitige Kontrolle gehört zu den Grundsätzen eines demokratischen Rechtsstaats. Bezüglich der regulären Sicherungsverwahrung – nicht der nachträglichen – sowie über die Bedingungen und Voraussetzungen ihrer Anordnung hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass „bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren" dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zusteht, „welcher vom Bundesverfassungsgericht je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann".[569]

Das Bundesverfassungsgericht kann dementsprechend „nur in begrenztem Umfang" überprüfen, ob „die gewählten Mittel zur Erreichung der erstrebten Ziele" geeignet sind oder nicht. Die Verhältnismäßigkeitskontrolle sei begrenzt. Die Entscheidung über diese Mittel gehört zum *Beurteilungsspielraum* des Gesetzgebers. Damit ist klar, dass das Bundesverfassungsgericht nur einen begrenzten Spielraum für verfassungsrechtlich relevante Überprüfungen hat. Damit ist auch klar, dass das Bundesverfassungsgericht ausführliche Kenntnisse nicht nur über die Mittel, sondern auch über die Ziele kennen sollte, um seine – begrenzte – Überprüfung durchführen zu können. Die Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts sieht aber anders aus:

> *„Ob die Verschärfung des Rechts der Sicherungsverwahrung durch einen objektiven Anstieg der Gewaltkriminalität veranlasst war oder – wie manche Kritiker meinen – nur einem gesteigerten Bedrohungsgefühl der Allgemeinheit Rechnung trug, ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zu bewerten."*[570]

Das Bundesverfassungsgericht kann nicht bewerten, ob der vom Gesetzgeber als Begründung angegebene „Anstieg der Gewaltkriminalität" *objektiv* zu beweisen ist oder ob die Begründung der Verschärfung der Sicherungsverwahrung mit einem erhöhten Unsicherheitsgefühl der Allgemeinheit verbunden ist. Die Ziele des Gesetzgebers bei der Novellierung sind nicht klar definiert.

569 BVerfGE 109, 133, S. 157.
570 BVerfGE 109, 133, S. 157.

Folglich kennt das Bundesverfassungsgericht diese Ziele auch nicht. Durch die Verschärfung des Rechts der Sicherungsverwahrung *bezweckt der Gesetzgeber entweder weniger Gewaltkriminalität* – die Novellierung ist dann eine Reaktion auf den objektiven Anstieg der Gewaltkriminalität – *oder das Sicherheitsgefühl der Öffentlichkeit zu verbessern* – die Novellierung ist dann eine Reaktion auf das gesteigerte Bedrohungsgefühl der Allgemeinheit. Im Urteil wird dieser doppelten Möglichkeit nicht weiter nachgegangen.[571] Durch diese fehlenden Informationen in Bezug auf die Zwecke der Novellierung ist nicht einmal eine begrenzte Kontrollaufgabe bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung des Gesetzes möglich. Im Urteil wird allerdings auf diesen Aspekt nicht geachtet.

Nicht nur die ‚Sicherheit der Allgemeinheit' wird vom Bundesverfassungsgericht als ausreichender Grund für die Verschärfung der Bedingungen angenommen. Das Bundesverfassungsgericht spricht darüber hinaus von den „der Allgemeinheit drohenden Gefahren",[572] sowie vom reinen „Interesse des Gemeinwohls".[573] Dieses ‚*Gemeinwohl*', das bekanntlich ein sehr vages Konzept ist, hat allerdings nicht unbedingt mit ‚Sicherheit' zu tun.[574] Der Begriff ‚Gemeinwohl' beinhaltet viele andere Bereiche (‚Sicherheitsgefühl', ‚Wohlfühlen', ‚Wohlstand' etc.), die in jedem konkreten Fall erneut festgestellt werden sollen. Dies ist aber in den Urteilen nicht geschehen. Auf diese Weise knüpft das ‚Gemeinwohl' an die begriffliche Äquivalenzkette der ‚Sicherheit' an. ‚Sicherheit' als Zweck der nachträglichen Sicherungsverwahrung bedeutet so viel wie ‚Gemeinwohl' als Zweck der nachträglichen Sicherungsverwahrung. Wer die

---

571 Enttäuscht von der spärlichen Kontrolle der Verhältnismäßigkeit zeigt sich auch *Mushoff* 2008: 460 ff., der auch die fehlenden Informationen über die empirische Notwendigkeit der Maßnahme bedauert.

572 BVerfGE 109, 133, S. 157/158.

573 BVerfGE 109, 133, S. 157/158. Vgl. auch BVerfGE 109, 133, S. 182. Diese offene Formel „Interesse des Gemeinwohls" wird hier vom Bundesverfassungsgericht angewendet, auch wenn es ähnlich unbestimmt oder sogar unbestimmter als der Begriff „öffentliche Sicherheit" ist. Dieses wurde vom Bundesverfassungsgericht im Urteil über die Änderung des Art. 13 Abs.3 GG sowie über den Großen Lauschangriff als Grund für die Suspendierung der Benachrichtigungspflicht an den Abgehörten radikal abgelehnt (BVerfGE 109, 279, S. 366). Dass man jemanden „im Interesse des Gemeinwohls" fristlos einsperren kann, ist für das Bundesverfassungsgericht verfassungskonform. Dass man jemanden unbedingt über die duchgeführte heimliche Abhörungsmaßnahme benachrichtigen muss, auch wenn dies aus Grund der „öffentlichen Sicherheit" vom Gesetzgeber als gefährlich angesehen wird, ist für das Bundesverfassungsgericht verfassungswidrig – die Nichtbenachrichtigung sei in diesem Fall verfassungswidrig, nicht aber die akustische Wohnraumüberwachung, die vom Gericht akzeptiert wird. Die Kriterien für die eine und die andere Lösung und für diesen Widerspruch werden vom Bundesverfassungsgericht nicht geklärt.

574 Zur Entwicklung und grundlegend zum Gemeinwohlkonzept in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts siehe *Grimm* 2002.

'Sicherheit' *gefährdet*, *gefährdet* zugleich auch das 'Gemeinwohl'. Keiner dieser beiden Begriffe kann positiv definiert werden. Sie werden daher nur *negativ* durch den Bezug zu ihrem konstitutiven Außen definiert: *'Sicherheit' und 'Allgemeinwohl' werden durch ihre eventuelle Negation durch die gefährdende unsichernde Existenz der 'hoch gefährlichen Tätern' definiert. Sie lassen sich lediglich als leere Signifikanten erkennen. Erst die Konstruktion von gefährdenden unsichernden Figuren verleiht ihnen einen Sinn.* Diese Aussage mag diffus klingen. In den Urteilen gibt es dennoch keine näheren Definitionen, die die Zwecke 'Sicherheit' und 'Gemeinwohl' der nachträglichen Sicherungsverwahrung konkreter ausdrücken lassen.

Folgende Frage erscheint daher unvermeidlich: Welche verfassungsrechtliche Überprüfung kann vorgenommen werden, wenn die konkreten Gründe und Ziele des Gesetzgebers nicht bekannt sind und 'Sicherheit' und 'Gemeinwohl' sich lediglich als leere Signifikanten zeigen?

Im Urteil über die Abschaffung der Höchstdauer der Sicherungsverwahrung und ihre rückwirkende Anwendung wurde festgestellt: „Es bedarf deshalb einer besonderen Rechtfertigung, wenn der Gesetzgeber die Rechtsfolgen eines der Vergangenheit zugehörigen Verhaltens nachträglich belastend ändert."[575] Wenn aber der Gesetzgeber eine nicht befriedigende Begründung anbietet oder das Bundesverfassungsgericht während der Überprüfung nicht genau weiß, was diese Begründung bedeutet, kann man nicht von einer tatsächlichen Begründung und auch nicht von einer tatsächlichen Überprüfung reden. Die Überprüfung erfolgt nur nach formellen Gesichtspunkten. Der Diskurs 'Gefährlichkeit' und das von ihm ins Leben gerufene Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung materialisieren sich in diesen 'Rechtsformen', die das Leben prägen.

In den parlamentarischen Diskussionen über Gesetzesentwürfe für die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist die Frage der rechtsstaatlichen Anpassung von Mitteln und Zielen präsent. Diese Bedenken über die Rechtsstaatlichkeit der Änderung werden allerdings immer wieder dadurch beseitigt, dass der Gesetzgeber behauptet, dass das Bundesverfassungsgericht die nachträgliche Sicherungsverwahrung *gefordert* habe.[576] Auch diejenigen, die mit der Maßnahme nicht einverstanden sind, unterwerfen sich den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts. Seit den Urteilen gebe es „eine veränderte Ausgangslage".[577] *Der institutionelle Ort des Diskurses des Bundesverfassungsgerichts und ihre institutionelle Funktion zeigen sich formell und materiell in einer erhobenen Machtposition. Sein Diskurs und seine Autorität sind Teile rechtsstaatlicher Grundsätze.* Auch wenn sie den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts folgten, verwiesen kritische Parlamentarier

[575] BVerfGE 109, 133, S. 180.
[576] BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8995.
[577] BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8995.

darauf, dass die von ihnen verabschiedete nachträgliche Sicherungsverwahrung eine Ausnahme zu den grundsätzlichen Prinzipien des freiheitlichen Rechtsstaates sei.

> *„In einem Rechtsstaat wie unserem ist eine Freiheitsentziehung auf unbestimmte Zeit und ohne eine Bindung an die Schuld des Straftäters das allerletzte, das allereinschneidendste Mittel, das es gibt. Eine solche Verwahrung in Unfreiheit ist eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass Menschen nur aufgrund einer richterlichen Entscheidung, nur in einem rechtsstaatlichen Verfahren und nur als Reaktion auf schuldhaftes rechtswidriges und strafbewehrtes Verhalten in Unfreiheit gehalten werden dürfen.“*[578]

Durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung werden Subjekte ohne echte richterliche Entscheidungen, ohne ein echtes rechtsstaatliches Verfahren und *nicht* als Reaktion auf schuldhaftes, rechtswidriges und strafbewehrtes Verhalten in Unfreiheit gehalten. Nach dieser Erklärung ist die nachträgliche Sicherungsverwahrung kein rechtsstaatliches Mittel.[579] Die Frage ist natürlich, ob das Bundesverfassungsgericht gegen rechtsstaatliche Prinzipien verstoßen kann.

Durch die wahren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts wurde die nachträgliche Sicherungsverwahrung als verfassungskonformes rechtsstaatliches Dispositiv konstruiert, das sich rückwirkend anwenden lässt. Das Bundesverfassungsgericht ist mehr als ein Hüter der Verfassung. Das Bundesverfassungsgericht hat sich hier durch seinen Diskurs als *Erzeuger* des Grundgesetzes und des Rechtsstaates erwiesen.

Im nächsten Abschnitt wird diese Funktion näher untersucht.

3.2.5.2. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Die Bedeutung der Urteile des Bundesverfassungsgerichts wurde im Parlament festgestellt:

> *„Das waren die Zweifel, mit denen wir uns über Jahre geplagt haben. Es gibt – auch das gehört zu einem Rechtsstaat – zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom Februar dieses Jahres, mit denen für mich zwar nicht die Zweifelsfragen geklärt sind, durch die aber der Rahmen abgesteckt ist, in dem der Rechtsstaat zu handeln hat. Daraufhin haben wir entsprechend gehandelt.“*[580]

---

578 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10556.

579 Zum gleichen Ergebnis siehe *Bender* 2007; *Jansing* 2004.

580 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10558 f.

In Bezug auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts für die Verabschiedung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung ließe sich folgendes Resümee ziehen:

> *„Worüber wir heute entscheiden: Jemand hat eine schwere Straftat begangen und wurde deswegen zu einer langen Freiheitsstrafe verurteilt, die er teilweise verbüßt hat. Darf der Staat jetzt noch, erst nach Verurteilung und weitgehender Verbüßung der Strafe, entscheiden, dass dieser Mensch als gefährlich einzuschätzen ist und auf unbestimmte Zeit eingesperrt bleiben muss? Ich persönlich habe Respekt vor denjenigen, die hier Nein sagen. Bis zum 10. Februar hätte ich beispielsweise dem Kollegen van Essen zugestimmt. Seitdem haben wir jedoch mit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts eine andere Ausgangslage. Dieser muss man einfach Rechnung tragen. […] Wir haben unsere Aufgabe gemacht.“*[581]

Die zentrale Frage wird hier offen gestellt: Darf man entscheiden, dass jemand eingeschlossen bleiben muss, weil nach dem Verhalten im Gefängnis entschieden wurde, dass diese Person hoch gefährlich ist? Es lassen sich genügend Argumente dafür finden, dass es einer solchen Entscheidung an jeglicher Legitimation mangelt. Die Tatsache jedoch, dass das Bundesverfassungsgericht dies anders gesehen hat, löst alle möglichen Argumentationen auf. Die Worte des Bundesverfassungsgerichts fungieren sogar als Aufforderung.[582] Die Äußerung *wir haben unsere Aufgabe gemacht*, lässt kaum einen Raum für Zweifel an der *Autorität*, die die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts überdecken.

Die Möglichkeit der nachträglichen Unterbringung wurde vom Bundesverfassungsgericht explizit suggeriert:

[581] BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10553.

[582] Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird kritisch auch im Schriftentum als Anforderung interpretiert. Vgl. dazu *Laubenthal* 2004: 744; *Kinzig* 2008 („…ihn sanft auffordert, die entsprechende Vorschrift zu erlassen…“, S. 48). So *Mushoff* 2008: 40: „Die Senatsmehrheit hat es in Kauf genommen, dass Personen gegen den Willen des zuständigen Bundesgesetzgebers über mehrere Monate ihre Freiheit entgegen Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG ohne verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage entzogen wurde. Dies ist ein verfassungsrechtliches Novum.“ Die Minderheit des Gerichts habe damit zu Recht erkannt (BVErfGE 109, 190, S. 254), dass die Gefangenen „in der Übergangszeit ohne gesetzliche Grundlage in Haft“ belassen wurden (*Mushoff* 2008: 40). Siehe auch *Pestalozza* (2004), der schon im Titel seines Kommentars von einer „widerwillen sperrenden Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung“ spricht und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als „Kunstfehler“ bezeichnet (S. 606).

> *„…steht aber ein vom zuständigen Gesetzgeber entwickeltes Konzept nachträglicher Anordnung einer präventiven Verwahrung noch inhaftierter Straftäter bei entsprechend enger Fassung nicht von vornherein unter dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit.“*[583]

Diese Möglichkeit wurde auch ausführlich verteidigt[584] und von der Bundesregierung und vom Gesetzgeber akzeptiert.[585] Ähnliche Argumente des Gesetzgebers wurden immer wieder wiederholt: „die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts [...] nicht ausschließt, die Sicherungsverwahrung gegebenenfalls auch ohne Vorbehalt nachträglich anzuordnen. Das schließe ich daraus, dass uns das Bundesverfassungsgericht eine Übergangsfrist gesetzt hat…“.[586] Der Gesetzgeber hat es offen akzeptiert: „Anlass für die erneute Beschäftigung mit diesem schwierigen Thema der nachträglichen Sicherungsverwahrung [...] sind in der Tat die beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts vom 5. und 10. Februar dieses Jahres.“.[587] Das Bundesverfassungsgericht hat „dem Bundesgesetzgeber auferlegt […] zu prüfen, ob und ggf. wie er eine – verfassungsrechtlich mögliche – nachträgliche Sicherungsverwahrung (neu) regeln will.“[588]

Bedeutender als die Annahme der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist allerdings, dass die verschiedenen Argumente des Bundesverfassungsgerichts vom Bundesgesetzgeber nicht ausführlich analysiert wurden. Sie wurden vielmehr als etablierter Diskurs und als wahre Aussagen anerkannt. Der Diskurs des Bundesverfassungsgerichts spricht aus einer Position, die gegenüber allen anderen Diskursen einen Vorrang erhält. Von der Institution ‚Bundesverfassungsgericht‘ wird der Diskurs des ‚Gefährdungsrechts‘ mitkonstruiert. Diese Institution artikuliert verfassungsrechtliche und strafrechtliche Prinzipien, sie werden sprachlich verschoben und neu positioniert.

---

583 BVerfGE 109, 190, S. 238/239. Damit hat das Gericht einen „prinzipiell verfassungsrechtlichen ‚Persilschein‘“ ausgestellt (*Laubenthal* 2004: 742).

584 BVerfGE 109, 133, S.152 f., 156 f.

585 Vgl. BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8994; E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 1, S. 11; E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S. 8.

586 BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S.8995 f.

587 Und weiter: „Mit diesen beiden Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht die alte Streitfrage […], ob die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gegen das Rückwirkungsverbot und gegen das Verbot der Doppelbestrafung in Art. 103 Grundgesetz verstößt, entschieden. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses mit Hinweis auf den Maßregelcharkter der nachträglichen Sicherungsverwahrung verneint. Es gibt führende Verfassungsrechtler in Deutschland, die das anders sehen. Aber entschieden ist entscheiden. Wir haben uns daher mit dem Thema wieder zu befassen.“ (BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S.9000).

588 E-Bundesregierung BT-Drs. 15/2887, S. 10. Für weitere aussagekräftige Passagen siehe E-Bundesrat, Drs. 15/3146, S.1 und S. 8; BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S. 8992, 8994 und 9002; BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10553.

Nach solchen Entscheidungen schien es weder notwendig noch hilfreich, Gegenargumente zu nennen. Einige Ausnahmen gab es dennoch.

Es wurden einige Bedenken geäußert, in denen die Autorität des Bundesverfassungsgerichts anerkannt und trotzdem seine Entscheidungen infrage gestellt wurden. Der Gesetzgeber hat sich dabei teilweise als Kontrolleur der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gezeigt und damit die übliche Richtung der Überprüfung aufgegeben. Eine wichtige Frage war, ob das Bundesverfassungsgericht das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtkonvention wirklich achtet:

> *„Dieses Gericht hat das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland zu interpretieren. Bei den Fragen, die hier in Rede stehen – Stichworte ‚Rückwirkungsverbot' und ‚Doppelbestrafung' –, haben wir aber auch Art.5 der Europäischen Menschenrechtskonvention zu beachten. […] meine Fraktion [hat] den klaren Willen, auf der einen Seite das zu ermöglichen,* was uns das Bundesverfassungsgericht aufzeigt*, auf der anderen Seite aber auch sicherzustellen, dass das Verfassungsrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention beachtet werden."*[589]

Die rechtlichen Mechanismen werden in dem vorliegenden Fall in unüblichen Aufgabenverteilungen materialisiert: Das Bundesverfassungsgericht kündigt die Verfassungskonformität eines grundrechtseinschränkenden Strafgesetzes an, bevor das Gesetz überhaupt existiert; der Gesetzgeber macht sich Sorgen über die Verfassungskonformität der Urteile des Bundesverfassungsgerichts; strafrechtliche und verfassungsrechtliche Prinzipien werden neu artikuliert. Rechtliche Kontrollen werden beibehalten, sind jedoch zugleich anders und wirken auch anders auf den betroffenen Körper.[590]

[589] BT-Sitzung 15/100 v. 25.03.2004, S.8996 [Hervorhebung hinzugefügt].

[590] Deswegen ist es nachvollziehbar, dass im Schriftentum eine ersatzlose Streichung vom § 66b StGB gefordert wird. Vgl. in diesem Sinne *Mushoff* 2008: 465; *Schneider* 2006: 103; *Üllenbruch* 2007: 71. Diese Revision wird zuletzt nach dem Urteil des EGMR, *M. v. Deutschland* unbedingt zu machen sein.Wichtig ist aber hervorzuheben, dass die Revision dann nicht nach *rechtsstaatlichen*, sondern nach *menschenrechtlichen* Maßstäbe aufgefordert wird. Der Rechtsstaat hat sich als ungenügend zum Stoppen einer nachträglichen Sicherungsverwahrung bewiesen.

3.3. Zwischenstand

Über die Rolle des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Verabschiedung der nachträglichen Sicherungsverwahrung hat der Gesetzgeber behauptet:

> *„Das Bundesverfassungsgericht hat den Strafrechtsbegriff neu definiert. Es hat ihn sehr weit gefasst und den reinen polizeirechtlichen Teil als Gegenstand des Strafrechts definiert. Entscheidend aber ist der Satz, dass ein ‚Konzept nachträglicher Anordnung einer präventiven Verwahrung noch inhaftierter Straftäter bei entsprechend enger Fassung nicht von vornherein unter dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit' steht."*[591]

Es erscheint sehr gewagt, zu behaupten, dass das Bundesverfassungsgericht den Strafrechtsbegriff neu definiert hat; es ist vielleicht noch gewagter zu behaupten, dass das Gericht rein *polizeirechtliche Teile als Gegenstand des Strafrechts definiert* habe.[592] Diese Behauptungen wurden allerdings durch die Analyse bestätigt.

1. *Dekonstruktion*: Bei der Analyse der Diskurse des Gesetzgebers und des Bundesverfassungsgerichts bezüglich der Einführung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung konnte zunächst festgestellt werden, dass Diskussionen und Urteile immer die staatliche Schutzaufgabe in den Mittelpunkt stellen. Die Bedeutung dieser uralten Funktion des Staates taucht als Zielsetzung und Rechtfertigung der infrage stehenden Maßnahme wiederholt auf. Da die nachträgliche Sicherungsverwahrung formell im Rahmen des Strafrechts stattfindet, knüpft das *Strafrecht* an den begrifflichen Ketten *staatlicher Schutz, Verteidigung* und *Bekämpfung* an. In diesem diskursiven Kontext wird die zu regelnde Situation – die baldige Freilassung von Gefangenen, die ihre Strafen verbüßt haben und zurück in die Gesellschaft wollen – als eine ‚Gefahrenlage' eingeschätzt und dementsprechend als Frage der ‚Gefahrenabwehr' eingestuft. Die *Schutzfunktion*, die mithilfe der Maßnahmen des Strafrechts zu erfüllen sei, verbindet sich auf diese Weise begrifflich mit der ‚*Gefahrenabwehr*'. *Das Strafrecht agiert als Instrument der Abwehr gegenüber denjenigen, die als ‚hoch gefährlich' gelten, die zugleich desubjektiviert und entrechtlicht werden.* Verfassungsrechtliche und strafrechtliche Prinzipien und Garantien verlieren ihren Anwendungsbereich. Das Strafrecht wird in diesem Sinne neu definiert. Es wird ein ‚Gefährdungsrecht' konstruiert.

2. *Ort*: Es gibt zwei Hauptorte, in denen diese Diskurse generiert werden: parlamentarische Drucksachen (Landesgesetze, Bundesgesetzentwürfe, parlamentarische Diskussionen) und Urteile des Bundesverfassungsgerichts.

---

591 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10559.

592 BT-Sitzung 15/115 v. 18.06.2004, S. 10559.

Jede Instanz nimmt an der Sinnverleihung und Formation des Diskurses teil, indem diese Instanz die bereits vorhandenen Signifikanten wiederholt, bestätigt und vergegenwärtigt. Nach *Foucaultschem* Verständnis lässt sich hier feststellen, dass der Diskurs durch diese autorisierten Sprecher, durch Gesetzgebung und durch die verfassungsrechtliche Kontrolle *ordentlich* etabliert wird,[593] diese sind die „bevorzugten Techniken und Verfahren zur Wahrheitsfindung“ im Strafrechtsbereich: Landesparlamentarier konstruieren das Problem ‚Gefährder‘ und schreiben Gesetze, die vom Bundesverfassungsgericht auf ihre Verfassungsmäßigkeit geprüft werden. Das Bundesverfassungsgericht nimmt ausnahmeartige polizeiliche Argumente der Landesparlamentarier an und spricht sein Urteil dazu. Dieses Urteil wird als Forderung im Bundestag angenommen und dementsprechend wird die ursprünglich ausnahmeartige sicherungspolizeiliche Maßnahme als allgemeines Gesetz ins reguläre Strafrecht *eingeschrieben*. Das Bundesverfassungsgericht spielt allerdings dabei die Hauptrolle bei der Entwicklung und Zirkulation des Diskurses. Wenn nur im Parlament über ‚hohe Gefährlichkeit‘ und Strafrecht als ‚Gefahrenabwehr‘ gesprochen worden wäre, wäre die Institutionalisierung des Diskurses über das ‚Gefährdunsrecht‘ instabil. Die Annahme und Reproduktion des Diskurses von der Seite des Bundesverfassungsgerichts *fixiert* diese neue Auslegung des Strafrechts. Dieser Diskurs*ort* wird – rechtlich und politisch – als *der* Ort überhaupt anerkannt. An diesem *Ort* wird diskursiv über Grundrechte, Staatsgewalt und Grenzen des Rechtsstaates entschieden. In diesen Urteilen werden dem Strafrecht Aufgaben zugeteilt und Prognosen einer ‚Gefährlichkeit‘ ermöglicht, die in dieser Form unbekannt sind. An diesem *Ort* wird die Verfassung interpretiert, Recht gesprochen und entschieden, dass das Grundgesetz das Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung als strafrechtliche Maßnahme akzeptiert wird.

3. *Einschreibung*: Diese Diskurse schreiben sich demzufolge in einer *hoch angesehenen Form* ein. Nicht nur in Gesetzen, sondern in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, die diese Gesetze überprüfen und zugleich billigen. In den Urteilen wird Diskurs geschaffen. Hier wurden dem Strafrecht und dem Gefährlichkeitsdiskurs nicht nur Begriffe und Bedeutungen gegeben. Hier wurde darüber hinaus eine andere Bedeutung für die Urteile des Bundesverfassungsgerichts konstruiert, weil diese Urteile nicht lediglich über die Verfassungskonformität von bereits vorhandenen Gesetzen entscheiden, sondern auch die Verabschiedung der Gesetze verlangen, die im Parlament bereits beraten und abgelehnt worden sind. Das Bundesverfassungsgericht zeigt dabei eine gesetzgeberische Macht und das Verfassungs- und das Strafrecht erhalten eine neue *Einschreibungsform*. Diese Einschreibung erfüllt ferner eine andere

[593] *Foucault* 1978: 51.

Funktion, die aus verfassungswidrigen und sicherungspolizeilichen Gesetzen eine verfassungskonforme nachträgliche Sicherungsverwahrung konstituiert. Die Ausnahme wird als Regel eingeschrieben.

4. *Grenzdiskurse*: Als Grenzdiskurs des Strafrechts dominierte zunächst der staatliche Schutzanspruch für die Allgemeinheit. Beide Diskurse scheinen begriffliche Elemente zu enthalten: staatliche Funktion, Prävention von Schäden etc. Beide Diskurse scheinen sich zugleich voneinander abzugrenzen: z.B. in Bezug auf die rechtliche Basis, die Institutionen und die Zwecke. Durch die Analyse wird jedoch sichtbar, dass der *Schutzdiskurs* nicht ein Grenz-, sondern ein *Äquivalenzdiskurs des Strafrechtsdiskurses* ist. In den Äquivalenzenketten, die Signifikanten miteinander verknüpfen und ihren Signifikaten aufeinander beziehen, werden Differenzen unsichtbar und die verschiedenen Diskurse verlieren damit ihre Konturen. Die Grenzen sind nicht mehr zu bestimmen. Der Diskurs des Strafrechts sieht sich mit dem Diskurs der Schutz- bzw. Verteidigungsaufgabe des Staates verbunden. Beide Diskurse sind nicht zu trennen und auch nicht zu differenzieren. Sie können nur dann bestimmt werden, wenn sie aus der Perspektive des Oppositionsdiskurses analysiert werden. Schutz und Strafrecht agieren gegen ‚Gefahren' und ‚Gefährlichkeit'. Sie reagieren auf die ‚Bedrohungslage', die die Gefangenen verursachen, die wiederum als ‚Risikobündel' angesehen werden. In dem einen und dem anderen Fall werden ‚Gefahren' und ‚Gefährlichkeit' zum Signifikanten, die der Funktion und Logik des Strafrechts- und Schutzdiskurs einen Sinn verleihen. Diese *constitutive outsiders* gewähren dem Strafrecht seine Konturen, die sich durch die diskursive Exklusion von ‚Gefahren', von ‚Gefährlichkeit' und von ‚hoch riskanten Ereignissen' bestätigt sehen. Die ‚Gefahrenabwehr' und die ‚Bekämpfung' scheinen ebenso Grenzdiskurse zu sein. Sie haben sich aber als Äquivalenzdiskurse des ‚Gefährdungsrechts' etabliert. Die ‚Abwehr' von ‚Gefahren' und die ‚Bekämpfung' durch die Ausschließung materialisieren das Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung, die sich nicht länger mit einer Anlasstat verbinden lässt, sondern die die Prävention zukünftiger Schäden mithilfe der Ausschließung der ‚Risikofaktoren' vorsieht. Auch die ‚Ausnahme' der politisch-polizeilichen Logik wurde in den Strafrechtsdiskurs aufgenommen und hat sich damit vom politischen zum rechtlichen Sinnfeld verschoben. Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung ist die ‚Ausnahme' rechtlich geregelt und im ‚Gefährdungsrecht' als Regel fixiert.

5. *Archiv*: Das Archiv des Strafrechtdiskurses der nachträglichen Sicherungsverwahrung besteht aus Signifikanten und Figuren, die nicht ursprünglich im Recht, sondern in den gegenwärtigen Äquivalenzdiskursen des Strafrechts – früher noch Grenzdiskurse – konstruiert werden. Die schutzpolizeilichen Maßnahmen, die schon Ende des 19. Jahrhunderts institutionalisiert und etwa für ‚gefährliche' Menschen – von Geisteskranken bis Wiederholungstäter –

angewendet wurden, sind im Diskurs der Sicherungsmaßnahme bis heute erhalten geblieben. In diesem Diskursarchiv – ‚Gefährlichkeit', ‚Prävention', ‚Unschädlichmachung' etc. – war allerdings die Präsenz von Begriffen eines rechtlichen bzw. juristischen Diskurses kaum vorhanden. Die infrage kommenden Diskurse waren eher medizinische, psychiatrische und kriminologische Diskurse. Nur durch die Einführung einer zweiten Spur im Sanktionssystem des Strafrechts ließen sich diese Diskurse an das liberale Strafrecht koppeln. Sie hatten jedoch bisher als Grenzdiskurse des Strafrechts gegolten. Durch die Einführung und die verfassungsrechtliche Begründung einer nachträglichen Sicherungserwahrung wird daher der Strafrechtsdiskurs neu ausgelegt, weil im Archiv nicht nur die Grenzbegriffe eingenommen werden, sondern weil alte Signifikanten mit neuen Signifikaten verbunden werden. Die ‚Gefährlichkeit' ist immer als Begriff für „gefährliche Menschen' – im positivistischen Sinne von ‚Anormalen' – angewendet worden. In dem Diskurs, der die nachträglichen Sicherungsverwahrung einführt, wird der Begriff ‚Gefährlichkeit' aber auch auf diejenigen angewendet, denen ‚Risikofaktoren' wegen ihres Verhaltens im Gefängnis zugeschrieben werden. ‚Gefährlichkeit' löst sich so von einer Anlasstat und auch von in der Tat geäußerten körperlichen oder psychischen Merkmale. *Im Diskurs des ‚Gefährdungsrechts' wird der Begriff der ‚Gefährlichkeit' angenommen, aber er wird zugleich als Signifikant für ein unbestimmtes unkörperliches ‚Risiko' angewendet.* Die Offenheit und Instabilität des Diskurses zeigt sich in der Modulation, die weitere Verschiebungen generiert. Die ‚Zurechnung' von Schuld, die zu den ältesten Elementen des Strafrechtsdiskurses zählt, wird auch durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung verschoben. Im Maßnahmenrecht ist die individuelle ‚Gefährlichkeit', die durch die Tat geäußert wird und zu prognostizieren ist, entscheidend für die Anordnung einer Sicherungsmaßnahme. Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung wird dem ‚Gefährder' dagegen die strafrechtliche ‚Zurechnung' begrifflich selbst zugeschrieben: Wenn der Gefangene eine Therapie verweigert oder ein auffälliges Verhalten im Gefängnis zeigt wird er für dieses Verhalten und auch für die Folgen verantwortlich gemacht – für die Einstufung als unsicherer und gefährlicher Gefangener und für die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung. Die Spuren der klassischen strafrechtlichen ‚Zurechnung' dringen in diese Form in die nachträglichen Sicherungsverwahrung ein. Sie werden allerdings umformuliert. Mit dem Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung werden alte Begriffe in Zirkulation gebracht, die allerdings neue Bedeutungen tragen und neue Wahrheiten materialisieren. Differenzen zwischen den Figuren und Signifikanten des Strafrechts werden diffuser. Nur oppositionelle Bestimmungen werden möglich (z.B. ‚Gefahr' – ‚Nichtbürger', ‚Sicherheit' – ‚Nichtgefahr' etc.), wobei zu betonen ist, dass in diesen Fällen

keine einheitlichen, sondern immer polysemische Figuren in polysemischen Diskursen miteinander verwoben sind.

6. *Re-Konstruktion*: Die *‚Gefährlichkeit'* wird in dieser erweiterten Auslegung als ‚Gefahr' und als ‚Risiko' in den Strafrechtdiskurs eingeführt und umcodiert. Ferner wird der *Verteidigungsdiskurs* ein Äquivalenzdiskurs des Strafrechtsdiskurses. Strafrechtliche Prinzipien werden damit zugleich bestätigt – sie sind immer noch im Archiv des Strafrechtsdiskurses – und aufgehoben, weil sie im Bereich der ‚Gefährlichkeit' und der ‚Verteidigungsaufgaben' durch die Ausnahme ihre Legitimation verlieren. Die *Ausnahmesituation* ruft eine neue Ordnung bei der Überprüfung der Verfassungskonformität der Gesetze hervor. Präventiv werden eventuelle Unsicherheitsquellen identifiziert bzw. werden Phänomene (z.B. Verhaltensweise) als Unsicherheitsquellen wahrgenommen und eingeordnet. Diese Unsicherheitsquellen, die unmittelbar mit den *gefährdenden* und *unsichernden* Subjekten verbunden werden, werden anschließend ausgeschaltet: Eine gefährdende bzw. unsicher machende Verhaltensweise im Gefängnis führt zur Einordnung des Subjekts als ‚hoch gefährlich'. Es ist eine Prognose, die von der Anlasstat abgekoppelt ist. Dieses Subjekt wird als ‚Bedrohungslage'[594] eingestuft und daher von der übrigen Gesellschaft ausgeschlossen. *Risikomanagement* wird mit *Bekämpfung* verknüpft. Diffuse Prävention und scharfe Intervention sind die funktionsweise des ‚Gefährdungsrechts', das Signifikantenketten der Risikotechniken (‚Prävention', ‚Risikofaktoren' etc.) und der Bekämpfungslogik (‚Verteidigung', ‚Neutralisierung') zusammenbringt. ‚Schutz' und ‚Verteidigung' vor ‚Gefahren'/‚Risiken' werden dabei im Strafrechtsdiskurs angenommen. Diese Situation führt ferner zur Artikulation bisheriger Aufgaben. Die Aufgaben des Bundesverfassungsgerichts scheinen ebenfalls artikuliert worden zu sein. Während das Bundesverfassungsgericht im strafrechtlichen Bereich auf die Einhaltung der verfassungsrechtlichen und strafrechtlichen Garantien und Prinzipien achtet, achtet das Gericht hier auf die Respektierung und Erfüllung dieser (rechts)staatlichen Aufgabe des Strafrechts, d.h. den ‚Schutz' und die ‚Verteidigung' der Bevölkerung. Die Bevölkerung zu schützen, ist äquivalent mit rechtsstaatlichen Aufgaben zu erfüllen. Die Rechtsstaatsprinzipien drücken sich nicht als Schützer der individuellen Rechte eines ‚Verbrechers', sondern als Schützer der Bevölkerung vor ‚Gefahren'/‚Risiken' aus. Das Strafrecht wird zum ‚Gefährdungsrecht' und der Verbrecher zum ‚Gefährder'.

[594] BVerfGE 109, 133, S. 188.

4. Diskursanalyse II: Die Änderung des Art. 13 GG und die akustische Wohnraumüberwachung

In diesem Kapitel wird die akustische Wohnraumüberwachung untersucht. Die Vorgehensweise ist vergleichbar mit der Darstellung über die nachträgliche Sicherungsverwahrung. Es wird zunächst die Entstehungsgeschichte der Maßnahme dargelegt (Abschnitt 4.1.). Anschließend folgt die Diskursanalyse (Abschnitt 4.2.). Es werden die parlamentarischen Dokumente (Entwürfe und parlamentarische Diskussionen) und das Urteil des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt.[595] Ein weiterer Fall – der der *Online-Durchsuchung,* deren Rechts-

[595] Die in diesem Kapitel analysierten Dokumente vom Gesetzgeber und vom Bundesverfassungsgericht über die Änderung des Grundgesetzes und die einfache Regulierung der akustischen Wohnraumüberwachung sind chronologisch geordnet: Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP: *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13 GG)*, BT-Drs. 13/8650 vom 01.10.1997 (im Folgenden E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8650); Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP: *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, BT-Drs. 13/8651 vom 01.10.1997 (im Folgenden E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651); Erste Beratung der E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8650 und 13/8651: BT-Sitzung 13/197 vom 09.10.1997 (im Folgenden BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997); Zweite und Dritte Beratung der E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8650 und 13/8651: BT-Sitzung 13/214 vom 16.01.1998 (im Fol-

staatlichkeit auch umstritten ist und welche auch vom Bundesverfassungsgericht überprüft wurde – wird als *Exkurs* präsentiert (Abschnitt 4.3.).[596] Die Online-Durchsuchung gehört weniger noch als der große Lauschangriff zum Bereich des Strafrechts, sondern zur Gefahrenabwehr. Sie ist jedoch mit dem Straf(prozess)recht eng verbunden. Sowohl die akustische Wohnraumüberwachung als auch die Online-Durchsuchung sind als Instrumente vorgesehen, die im präventiven und repressiven Bereich diskutiert worden sind; beide befassen sich mit der Überwachung und Aufzeichnung von persönlichen Informationen; beide sind grundsätzlich für die Prävention und Ermittlung von organisierten Begehensweisen der Kriminalität erdacht worden: ‚Organisierte Kriminalität' und ‚Terrorismus'. Die Art und Weise der Überprüfung der beiden Maßnahmen durch das Bundesverfassungsgericht weist jedoch Unterschiede auf. Diese Differenzen sollen im Exkurs weiteres Material für die Überlegungen der vorliegenden Arbeit schaffen.

genden BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998); BVerfG, 1 BvR 2378/98, 1084/99 vom 3. März 2004 (Im Folgenden BVerfGE 109, 279); Gesetzentwurf der Bundesregierung: *Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung)*, BT-Drs. 15/4533 vom 15.12.2004 (im Folgenden E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533); Erste Beratung des E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533: BT-Sitzung 15/152 vom 21.01.2005 (im Folgenden BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005); Zweite und Dritte Beratung des E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533: BT-Sitzung 15/175 vom 12.05.2005 (im Folgenden BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005).

[596] Folgende Dokumente sind für diesen Exkurs berücksichtigt worden: Gesetzentwurf der Landesregierung: *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen (Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – VSG NRW –)*, LT-NRW-Drs. 14/2211 vom 03.07.2006 (im Folgenden E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211); Erste Beratung des E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211: LT-NRW-Sitzung 14/36 vom 31.08.2006 (im Folgenden LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006); Zweite Beratung des E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211 u.a.: LT-NRW-Sitzung 14/46 vom 07.12.2006 (im Folgenden LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006); Dritte Beratung des E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211 u.a.: LT-NRW-Sitzung 14/47 vom 20.12.2006 (im Folgenden LT-NRW-Sitzung 14/47 v. 20.12.2006); BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07 – (Im Folgenden BVerfG, Urteil v. 27.02.2008).

4.1. Entstehungsgeschichte der Maßnahme

Die Einführung von Abhörmaßnahmen bezüglich Wohnräume wurde erstmals schon 1992 angestrebt, aber letztlich nicht umgesetzt.[597] Die größte Schwierigkeit bei einer solchen Novellierung bestand darin, dass vorher die Verfassung zu ändern war, um die geplanten Maßnahmen durch eine Ausnahme in Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung) überhaupt verfassungskonform zu machen.

Im Jahr 1995 war die Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung beabsichtigt, aber von der damaligen FDP-Bundesjustizministerin Sabine Leutheusser-Schnarrenberger gestoppt worden. Die FDP führte dann eine Urabstimmung durch: 63,6% der Parteimitglieder waren *für* den sogenannten „Großen Lauschangriff".[598] Frau Leutheusser-Schnarrenberger trat aufgrund ihrer Abstimmungsniederlage anschließend von ihrem Amt zurück.

Der nunmehr weitgehend geschlossen für den Großen Lauschangriff votierenden CDU-FDP-Regierungskoalition schloss sich später die SDP an, sodass die notwendige Zweidrittelmehrheit für die erforderliche Verfassungsänderung erreicht wurde.[599] Am 16. Januar 1998 wurde die Verfassungsänderung im Bundestag beschlossen. Am 26. März 1998 stimmte der Bundesrat zu. Damit wurden die Absätze. 3 bis 6 in Art. 13 GG eingeführt. Dadurch wurde die akustische Wohnraumüberwachung – das heimliche Abhören und Aufzeichnen des in einer Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Wortes – zu Zwecken der Strafverfolgung von der Verfassung ermöglicht.[600] Journalisten und Anwälte haben sich sehr kritisch gegenüber der Verfassungsänderung geäußert. Die Journalisten haben sogar erreicht, dass kurz vor der Verabschiedung des Gesetzes ihre Berufsgruppe von der akustischen Wohnraumüberwa-

---

[597] *Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität* (BGBl. I 1302 v. 15.07.1992). Durch dieses Gesetz wurden die Kronzeugenregelung, die Rasterfahndung und der Datenabgleich eingeführt. Die Telefonüberwachung wurde erweitert und das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes wurde für das Strafprozess genehmigt (§ 100c I Nr. 2 StPO), allerdings nicht in privaten Wohnräumen.

[598] Über die Entstehung der Terminologie siehe *Mozek* 2001: 5 ff.; *M. Müller* 2000: 5 ff. In der vorliegenden Arbeit wird grundsätzlich die neutrale und fachliche Benennung *akustische Wohnraumüberwachung* verwendet.

[599] Vgl. *Mozek* 2001: 3 m.w.N.

[600] *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13)* (BGBl. I 610 v. 26.03.1998).

chung ausgenommen wurde. Die einfachgesetzliche Umsetzung[601] geschah durch das *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*.[602] Damit wurde zum ersten Mal ein Bundesgesetz verabschiedet, das das heimliche Abhören und Aufzeichnen des in der Wohnung nicht öffentlich gesprochenen Wortes zum Zweck der Beweisgewinnung als strafprozessuales Mittel genehmigt.[603] Diese Genehmigung erfolgte wie dargestellt in zweifacher Weise: Der *verfassungsändernde Gesetzgeber* hat Art. 13 GG verändert und der *einfache Gesetzgeber* hat die strafprozessuale Regelung der Maßnahme verabschiedet. Die Abgeordneten waren in beiden Fällen identisch. Diese institutionelle Unterscheidung muss allerdings betont werden.[604]

In März 1999 haben Sabine Leutheusser-Schnarrenberger, Burkhard Hirsch und Gerhart Baum u.a. vor dem Bundesverfassungsgericht Beschwerde gegen die Änderung von Artikel 13 GG erhoben. Bis 2004 wurde die Ermittlungsmaßnahme von einzelnen Bundesländern (Mecklenburg-Vorpommern am 18.05.2000 u.a.) gesetzlich verschärft. Schließlich wurde am 3. März 2004 das Urteil des Bundesverfassungsgerichts bekannt gegeben.[605] Demzufolge seien die akustische Wohnraumüberwachung und die dafür notwendige Verfassungsänderung – wie es in diesem Kapitel ausführlich zu sehen sein wird – prinzipiell vereinbar mit dem Grundgesetz. Es seien jedoch gewisse einfachgesetzliche Änderungen vorzunehmen, um die verfassungsmäßige Anwendung der Maßnahme zu sichern. Das Bundesverfassungsgericht setzte dem Bundesgesetzgeber eine Frist für diese Änderung (30. Juni 2005). Würde die einfach-

---

[601] BGBl. I 845 v. 4.05.1998. Durch die Änderung werden §§100c, 100d, 100f und 101StPO novelliert.

[602] Für eine ausführliche Einleitung in der historischen Entwicklung staatlicher Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit seit 1949 siehe *M. Müller* 2000: 9 ff. sowie für die Abgrenzung der akustischen Wohnraumüberwachung von nichtstrafprozessualen Maßnahmen *ibid.*: 17 ff. Vgl. auch für die vor der akustischen Wohnraumüberwachung angewendeten Abhörmaßnahmen *Mozek* 2001: 9 ff., 16 ff.

[603] Bis dahin waren Abhörmaßnahmen in Wohnungen ausschließlich im Bereich der Gefahrenabwehr anwendbar.

[604] Ich zeige in diesem Kapitel, dass der einfache und der verfassungsändernde Gesetzgeber *jederzeit* den Zweck verfolgen, *möglichst viele zukünftige Taten durch die akustische Wohnraumüberwachung präventiv ermitteln zu können*. Und ich zeige ebenso, dass das Bundesverfassungsgericht beide Gesetzgeber differenziert hat und jedem eine andere Zielsetzung zugewiesen hat: Der einfache Gesetzgeber wolle zu viele Taten verfolgen, der verfassungsändernde Gesetzgeber wolle (verfassungemäß) nur schwerwiegende Taten verfolgen. Diese doppelte Interpretation hat sich in der Analyse als künstlich erwiesen.

[605] BVerfGE 109, 279, S. 280 ff. (= NJW 2004, S. 999 ff.). Grundlegend über das Urteil *Warntjen* 2007. Positiv wurde das Urteil u.a. in *Denninger* 2004, *Gusy* 2004, *Kutscha* 2005 bewertet. Siehe auch *Sachs* 2004; *Haas* 2004.

gesetzliche Umsetzung der Maßnahme bis dahin nicht geändert, würde das Gesetz für verfassungswidrig und nichtig erklärt.

Der endgültige Entwurf[606] wurde schließlich im Dezember 2004 präsentiert.[607] Die Endfassung des *Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004* wurde im Bundestag am 15. Juni 2005 eingereicht und vom Parlament am 24. Juni 2005 beschlossen.[608]

4.2. Analyse

4.2.1. Problematik

Der Ausgangpunkt für die Änderung von Art. 13 GG und der Grund für die Verabschiedung eines Gesetzes für eine verbesserte Bekämpfung der Organisierten Kriminalität lag in der politischen Überzeugung, dass die ‚Organisierte Kriminalität' eine zunehmende ‚Bedrohung' darstelle. Was die ‚Organisierte Kriminalität' konkret bzw. inhaltlich ist, wurde im Laufe der parlamentarischen Diskussionen allerdings nicht geklärt[609] und die angewendete Definition, die bereits 1992 festgestellt worden ist,[610] bleibt in der Diskussion unbestimmt.[611]

---

606 Die Justizministerin Brigitte Zypries hatte zuvor einen Entwurf am 24. Juni 2004 eingereicht, der am 10. Juli 2004 vom Bundesjustizministerium öffentlich gemacht wurde und anschließend wegen der öffentlichen Kritiken zurückgestellt wurde.

607 E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533. Zu diesen Entwurf präsentiert die CDU Änderungsvorschläge, die eine Erweiterung des Anlasstatenkatalogs und die Relativierung von Erhebungsverboten vorschlägt (BT-Drs. 15/5489). Diese Änderungen wurden jedoch nicht angenommen.

608 BGBl. I 1841 v. 24.06.2005.

609 Eine ähnliche kritische Bemerkung stellt *Mozek* 2001: 58 – FN 324.

610 Die Definition wurde im *„Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der organisierten Kriminalität"* vom 15.07.1992 (BGBl. I, 1302) eingeführt.

611 Unter Organisierte Kriminalität sei „eine von Gewinnstreben bestimmte planmäßige Begehung von Straftaten durch mehrere Beteiligte zu verstehen, die auf längere oder unbestimmte Dauer arbeitsteilig – unter Verwendung gewerblicher oder geschäftsähnlicher Strukturen, - unter Anwendung von Gewalt oder anderer zur Einschüchterung geeigneter Mittel, oder – unter dem Bemühen auf Politik, Medien, öffentliche Verwaltung, Justiz oder Wirtschaft Einfluß zu nehmen, zusammenwirken." (BT-Drs. 12/989 v. 15.07.1992, S. 24). Problematisch in dieser Definition ist nach *Mozek* (2001: 61), dass „durch die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine begriffliche Fi-

Nach dem Gesetzgeber seien nicht nur die Gesellschaft, sondern auch die Wirtschaft, die Verwaltung und die Justiz von der ‚Organisierten Kriminalität' immer mehr bedroht.[612] Die umfassende Bedrohung erreiche „sowohl die freiheitliche Ordnung als auch die persönliche Freiheit der Bürger".[613] Konkret hieß es im Gesetzentwurf zur Wohnraumüberwachung, die der Beweismittelgewinnung dient:

> *„Angesicht der durch die Organisierte Kriminalität entstandenen Dimension der Bedrohung ist es nicht mehr vertretbar, diesen vor jeglichem staatlichen Eingriff zu Zwecken der Strafverfolgung geschützten privaten Bereich weiterhin unbegrenzt zu gewährleisten. Die zunehmende Bedrohung des einzelnen und der Gemeinschaft durch organisiert begangene Kriminalität macht es erforderlich, das Instrumentarium zur Bekämpfung des organisierten Verbrechens durch Eröffnung der Möglichkeit des Abhörens des nichtöffentlich gesprochenen Wortes auch in Wohnungen zu verbessern."*[614]

Die Schwere der ‚Bedrohung', die sich erneut diskursiv zur diffus gefährdenden Erscheinung wandelte, wurde auch in den parlamentarischen Beratungen dargestellt.

> *„Meine Damen und Herren, die organisierte Kriminalität ist kein Kinderspiel. Wir führen keine akademische Debatte. Es handelt sich vielmehr um eine böse Realität, die nicht nur das Leben, die körperliche Unversehrtheit, das Eigentum von Individuen, von Personen in Gefahr bringt, sondern auch die Gefahr heraufbeschwört, daß die Fundamente der Demokratie erodieren. Insofern ist das nicht eine Gefahr unter vielen, sondern eine elementare Gefahr für unsere Gesellschaft."*[615]

> *„Es geht darum, eine Verbrechensart zu bekämpfen, die mit einer hohen Sozialschädlichkeit den einzelnen Bürger, aber auch den ganzen Staat in seiner freiheitlichen Existenz betreffen kann. Es gibt Länder in der Welt, die teilweise oder zu Gänze in den Händen der organisierten Kriminalität sind."*[616]

Ob die ‚Organisierte Kriminalität' eine ‚elementare Gefahr' für die Gesellschaft bildet, ob sie wirklich „die Fundamente der Demokratie erodiert", oder ob sie eine ‚Gefahr' ist, weil sie „den Staat in seiner freiheitlichen Existenz betreffen

---

xierung unter Zuhilfenahme der Definition kaum möglich ist.". Auch kritisch zum Gebrauch des Begriffs „Organisierte Kriminalität" als Rechtsbegriff *Lisken* 1994: 264.

612 E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S.10. Eine Analyse der *objektiven* und *subjektiven* Bedrohungslage präsentiert *Mozek* 2001: 69 f. mit zutreffenden dokumentarischen Beispielen.

613 E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S. 10.

614 E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S. 12 f.

615 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17684.

616 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19551.

kann" und so sich „in den Strukturen unseres Rechtsstaates einnistet",[617] wird hier nicht zu diskutieren sein. Vielmehr geht es in der vorliegenden Analyse um die Bedeutung dieses Diskurses ‚Organisierte Kriminalität' und seine Vorannahmen für die Verabschiedung und Beurteilung der akustischen Wohnraumüberwachung als Strafverfolgungsmittel. Hier geht es auch um die Figuren, die infrage kommen und schließlich um die Bedeutung des Diskurses der ‚Organisierten Kriminalität' und seine ‚Risiken' und ‚Gefahren' für den Diskurs des Strafrechts.

Einige Warnungen des Gesetzgebers verdienen in diesem Sinne eine besondere Aufmerksamkeit, da seine Zusammenfassungen die ‚Organisierte Kriminalität' mitunter als Quelle des Untergangs der Zivilisation darstellen:

> *„Die Gefahr für unsere Gesellschaft und für unsere Wirtschaft besteht dabei nicht so sehr in der Einzeltat als vielmehr darin, daß ein großes Kapital Einfluß zu nehmen versucht auf die Entscheidungsträger und Entscheidungsvorgänge in der Gesellschaft und in der Wirtschaft sowie auf Entscheidungen, die dann demokratisch nicht mehr kontrollierbar sind.*
>
> *Durch die gigantische Finanzmacht vergiftet die organisierte Kriminalität die öffentliche Verwaltung, die Justiz, die Politik und die Wirtschaft. Die Folge ist, daß die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidung, die Glaubwürdigkeit der Politik und die Zustimmung zu unserer Werteordnung* gefährdet *sind. Wer über diese große Gefahr für unser Gemeinwesen nachdenkt, der wundert sich eigentlich darüber, daß wir nicht schon längst den Schritt getan haben, den wir heute hoffentlich mit großer Mehrheit unternehmen wollen."*[618]

Die Diskurse über das Strafrecht und über das Recht im Allgemeinen sehen sich durch Diskurse der ‚Gefahren' und ‚Sicherheit' überflutet. Die ‚Organisierte Kriminalität' gefährdete angeblich die Wirtschaft, die Justiz, die Politik sowie die Wertordnung. Diese diffuse Erklärung soll die Bekämpfungsformen des Strafprozessrechts begründen.[619]

Wenn man die Diskurse über den ‚Terrorismus' und über die ‚Organisierter Kriminalität' anknüpft, wie es in der zweiten Phase[620] der Diskussion

---

[617] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17701.

[618] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19518 [Hervorhebung hinzugefügt].

[619] Auch kritisch im ähnlichen Sinne siehe *Mozek* (2001: 71), der feststellt, dass „der Gesetzgeber die Furcht in der Bevölkerung vor dem Phänomen der Organisierten Kriminalität genutzt hat, um die Bedrohung durch die Organisierte Kriminalität als Begründung für die Notwendigkeit des Abhörens zu nutzen."

[620] Mit der „zweiten Phase" ist das Verfahren zur Verabschiedung des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts gemeint. Diese zweite Phase fand nach dem 11. September 2001 statt, was sich mit den aufkommenden Ängsten vor dem Terrorismus erklären lässt.

über die akustische Wohnraumüberwachung geschehen ist, zeigt sich das Heraufbeschwören einer ‚Bedrohungslage' verstärkt. „Nach Erkenntnissen der Sicherheitsbehörden bestehen zwischen den Strukturen der organisierten Kriminalität und des Terrorismus zum Teil engste Verknüpfungen."[621] Demzufolge wird die Rechtfertigungsgrundlage erweitert und eventuelle Zweifel an die Verhältnismäßigkeit der strafrechtlichen akustischen Wohnraumüberwachung verlieren an Bedeutung. Diese Situation bestand auch, als im Parlament das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts beraten wurde. Die Maßnahme sei unverzichtbar, um die Gesellschaft vor der Bedrohung der ‚Organisierten Kriminalität' sowie vor „einer ernst zu nehmenden auch internationalen Bedrohung durch Straftaten mit terroristischem Hintergrund"[622] zu schützen. Die Allgegenwärtigkeit der Bedrohungen und die fließende Argumentation – Verschiebungen von Signifikaten- und Signifikantenketten – von wirtschaftlichen zu terroristischen Gefährdungslagen, die von einer akustischen Wohnraumüberwachung verhindert bzw. vermindert werden könnten, verstärkten auch nachträglich die Auffassung, dass die damalige Verfassungsänderung notwendig gewesen sei.

Diese Verfassungsänderung bedeutete die Umformulierung von verfassungsrechtlichen Prinzipien und Garantien und füllte auf diese Weise das Strafrecht mit neuen Bedeutungen. Im Folgenden werden diese Verschiebungen innerhalb der Grenzen des Strafrechtsdiskurses weiterverfolgt.

4.2.2. Staatliche Schutzaufgabe und Ziele der akustischen Wohnraumüberwachung

Die akustische Wohnraumüberwachung diene dem staatlichen Ziel, die Bevölkerung durch die Bekämpfung von Gefahren zu schützen. Dieses Ziel, das sich schwer mit den Zielen traditioneller strafprozessualer Mitteln vereinbaren lässt,[623] wird vom Gesetzgeber in unterschiedlichen Formen erklärt.

---

621 E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 23.

622 E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 10 f.

623 Diese Zwecke haben grundsätzlich mit der Beweisgewinnung und Beweisbehaltung im Kontext eines Strafprozesses zu tun, der zum Zweck eines Urteils geführt wird. Der Strafprozess hat zugleich mit dem Schutz der Grundrechte des Angeklagten zu tun. *Roxin* hat dies wie folgt erklärt: „Das Strafprozessrecht hat eine doppelte Aufgabe, in der die ungewöhnliche Schwierigkeit dieses Rechtsgebietes beschlossen liegt: Es soll Verfahrensformen zur Verfügung stellen, die eine Überführung des Schuldigen und damit den Schutz der Gesellschaft vor dem Verbrecher mit größmöglicher Sicherheit gewährleisten; es soll aber gleichzeitig Vorsorge dafür treffen, daß ein Unschuldiger nicht verurteilt und daß in seine persönliche Freiheit so wenige eingegriffen wird, wie es mit dem Ziel der Verbrechensbekämpfung irgend vereinbar ist. […] Die Normen

4.2.2.1. Aufhellung der Strukturen der Organisierten Kriminalität

Die akustische Wohnraumüberwachung sei als Verbesserung des strafprozessualen Ermittlungsinstrumentariums notwendig,

> *„um ein Eindringen in die Kernbereiche der kriminellen Organisationen und somit eine Aufhellung der Strukturen zu ermöglichen. Dies hat sich als unverzichtbar erwiesen, um die strafrechtliche Bekämpfung der Organisierten Kriminalität zu verbessern, insbesondere bei der Ermittlung und Überführung der Hauptverantwortlichen, der Organisatoren, der Finanziers und Drahtzieher.“*[624]

Die „Überwachung von Gangsterwohnungen“[625] sei für manche das konkrete Ziel.[626] Durch diese Überwachung seien die Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität‘ zu erhellen und auch effektivere präventive Maßnahmen möglich. In dieser Form hat auch das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit der Maßnahme interpretiert. Das Gericht erkennt, dass das Eindringen in die Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität‘ „mittelbar zugleich der Verhütung von weiteren Straftaten dient“.[627] Dieses Ziel wurde auch vom Gesetzgeber im Jahr 2005 angegeben, als er das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts verabschiedete. Hier wurde deutlich gesagt, dass die Maßnahme „in erster Linie zur Aufklärung von Kriminalitätsstrukturen eingesetzt werden soll“.[628] ‚Organisierte Kriminalität‘ ist ein Begriff, der mehrere und unbestimmte Bedeutungen hat – wie oben schon angedeutet und im Folgenden noch genauer zu zeigen sein wird –. Wenn ‚Organisierte Kriminalität‘ nicht genug definiert und begrifflich nicht fixiert ist, können die vom Gesetzgeber gemeinten Strukturen auch nicht wirklich definierbar sein. Der Zweck, die Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität‘ aufzuhellen, ist eigentlich kein originär strafprozessualer Zweck.

Nichts desto trotz wird die Aufklärung von Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität‘ immer noch als Hauptziel präsentiert. Berichte, die vom Max-

des Strafverfahrensrechts sollen nicht nur den Schutz des einzelnen *durch* das Strafrecht verwirklichen, sondern ihn auch *vor* dem Strafrecht, d.h. vor jeder Möglichkeit polizeistaatlicher Übergriffe der Strafverfolgungsorgane, nachhaltig schützen.“ (*Roxin* 2008: IX). Die Funktion, die von der Strafprozessordnung durch die akustische Wohnraumüberwachung ausgeht, distanziert sich von jenen Aufgaben. Die Verhinderung zukünftiger Straftaten erweitert daher die Befugnisse der Strafverfolgungsorgane.

[624] E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S. 1, 9.

[625] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17680, 17682.

[626] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17682.

[627] BVerfGE 109, 279, S. 315 f.

[628] E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 27. Vgl. auch BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14291.

Planck-Institut im Auftrag des Gesetzgebers erstellt wurden, dienen dabei als Beweis für die Notwendigkeit der Maßnahme.[629] Diese Berichte erhellen jedoch, dass die akustische Wohnraumüberwachung gerade für die Ermittlung im Bereich ‚Organisierte Kriminalität' nicht viel taugt. In den untersuchten Fällen, die unter die Kategorie ‚Organisierte Kriminalität' einzuordnen sind, befinden sich oft mehrere Subjekte in den abgehörten Räumlichkeiten, die miteinander oder gleichzeitig sprechen, sodass die Stimmen nicht immer einwandfrei zuzurechnen sind.[630]

Trotz der Behauptungen des Gesetzgebers zeigt sich also der Zweck der „Aufhellung der Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität'" als zu unbestimmt und für den Strafprozess letztlich nicht tauglich.[631] Es ist deshalb

---

[629] „Das belegt nicht nur das von der Bundesregierung in Auftrag gegebene Gutachten des Max-Planck-Instituts, mit dem nachgewiesen wurde, dass zum Beispiel 87 Prozent der Fälle aus dem Bereich der Betäubungsmittelkriminalität, in denen bisher eine Wohnraumüberwachung angeordnet war, der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind." (BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16446).

[630] Vgl. *Meyer-Wieck* 2005: 365 f. Dieses Problem wurde mir am 20.11.08 von Dr. Kilchling in einem persönlichen Gespräch am Max-Planck-Institut erläutert. Über die Nützlichkeit der Maßnahme wurde oft ungenau argumentiert. Der Anteil der Fälle, in denen in den USA die Maßnahme angewendet wurde und zu positiven Ergebnissen geführt hat, war ein wichtiges Argument für die Befürworter der Maßnahme bei der ersten Verabschiedung des Gesetzes (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17686/7). Siehe dagegen *Mozek* 2001: 76 ff. Der Autor legt eine ausführliche Analyse über die Umsetzung von Abhörmaßnahmen in den USA dar und kommt zum Ergebnis, dass die Verurteilungsquote (die Quote der Verurteilungen im Verhältnis zu der Zahl der überwachten Personen) in den letzten Jahren vor 2000 immer unter 3% lag (*Mozek* 2001: 98). Der Gesetzgeber hätte jedoch auch damals deutsche Ergebnisse berücksichtigen können, was aber wahrscheinlich zu dem Ergebnis eines niedrigen Effizienzgrades der Maßnahme geführt hätte. Von der Anwendung der von Landespolizeigesetzen vorgesehenen Befugnisse zur akustischen Wohnraumüberwachung zur Gefahrenabwehr haben zwischen 1990 und 1996 sieben Länder Gebrauch gemacht (Baden-Wüttermberg, Bayern, Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und das Saarland): Von insgesamt rund 100 Fällen führte die Maßnahme nur dreimal zum Erfolg (vgl. dazu *M. Müller* 2000: 21/22). Als im Jahr 2004 das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts entworfen und diskutiert wurde, sind die „Beweise" für die Nützlichkeit auf Deutschland bezogen worden (vgl. BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14291). So wurde dargestellt, dass zwischen 1998 und 2001 die Maßnahme in insgesamt circa 120 Verfahren durchgeführt worden war. Dabei sei die Maßnahme immer „zielgerichtet und zurückhaltend eingesetzt" worden (E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 10).

[631] Kritisch in diesem Sinne zeigt sich *Hirsch* (2004: 88). Der Autor analysiert die Entwürfe eines Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004, in denen die ‚Organisierte Kriminalität' wiederholt und „ohne weitere Belege" als Begründung der akustischen Wohnraumüberwachung präsentiert wird und

zwingend zu erkennen, dass es sich b*ei der akustischen Wohnraumüberwachung nicht um eine bestimmte Verfolgung handelt, sondern um eine unbestimmte, diffuse Prävention von eventuellen Schäden.*[632]

4.2.2.2. Schutz der Gesellschaft

Es ginge letztlich um ein Gesetz „zum Schutz der Gesellschaft vor Verbrechern",[633] das auf der „Sorge um die Sicherheit der Menschen" [634] und auf der „Sicherheit unserer Bevölkerung"[635] beruhe. Um diesen Sicherheitsbedarf zu begründen, wird die deutsche Situation mit anderen Kontexten verglichen, in denen „Schutzgettos" existieren, „in die sich Familienväter mit ihren Familien zurückgezogen haben, um Leib und Leben ihrer Angehörigen und ihr Eigentum zu schützen, weil sie rundum von einer ausufernden Kriminalität bedroht sind."[636] Die begriffliche Vorstellung von den „Schutzghettos" im Ausland wird vom Gesetzgeber mit der Annahme von ‚Gefahren' und von der ‚Sicherheit' in Deutschland verknüpft. Die akustische Wohnraumüberwachung für die Beweismittelgewinnung solle die ausufernde gewalttätige Kriminalität verhindern. Deshalb ginge es dabei um den ‚Schutz der Gesellschaft', die etwa durch die Verhinderung von Mordtaten – das Recht auf Leben sei schließlich auch ein Grundrecht – eine Aufgabe des Staates sei.[637]

> *„Es geht um die Bekämpfung dieser neuen und verstärkten Form der Kriminalität. Jenseits aller feinen Juristerei, die gewiß wichtig ist, muß darauf hingewiesen werden, daß es die Aufgabe der Politik ist, die Bürger vor dieser Kriminalität zu schützen. Das ist eine Bringschuld des Staates."*[638]

behauptet wird, dass die Maßnahme sich als „unverzichtbar erwiesen" habe. Die Statistiken belegen dagegen, dass dieses Dispositiv seit seiner Einführung grundsätzlich bei Tötungs- und Rauschgiftdelikten erfolgreich angewendet worden ist.

632 In diese Gedankenlinie hat zutreffend *Hassemer* (2006: 323) beobachtet, dass gegenwärtige Reformen im Strafprozess im Kern u.a. das „Einfügen von heimlich wirkenden und weit streuenden Ermittlungsinstrumenten auch jenseits eines Tatverdachts" bedeuten.

633 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17696 f.

634 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19519.

635 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19519. Über die Interpretation des Rechts auf Sicherheit und seine Operationalisierung durch die Ermittlungsmaßnahme der akustischen Wohnraumüberwachung siehe *Leutheusser-Schnarrenberger* 2004.

636 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19528.

637 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19544. Im ähnlichen Sinne BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16457.

638 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19549.

Die Funktion des Staates – der ‚Schutz' der Bevölkerung – sei mit der Aufgabe der Politik eng verbunden. Diese Aufgabe fließt ins Strafrecht durch das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung, das kein rein rechtliches Dispositiv ist. Seine Aufgabe – die ‚Sicherheit' der Bevölkerung – materialisiert sich vielmehr im Diskursfeld der Politik. In dem Diskurs der ‚Sicherheit', der ein Diskurs der Politiker ist, gibt es keinen Platz für *feine Juristerei. Bei der akustischen Wohnraumüberwachung gehe es um ‚Sicherheit' als politisches Ziel, und nicht um konkrete Strafverfolgung.* Es wird ein Begriff von ‚Sicherheit' konstruiert, der sich bereits als ein inhaltlich diffuser Begriff zeigt. Der Gesetzeszweck, die „Sicherheit", wird nur dadurch bestimmt, dass man die Sicherheit gefährdenden Faktoren definiert. Es wird zu zeigen sein, dass die ‚Organisierte Kriminalität' als ein wichtiger, existenzbedrohender Risikofaktor definiert und als Negation der ‚Sicherheit' dargestellt und bekämpft wird.

4.2.2.3. Schutz des Rechtsstaates

Von der Aufhellung der Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität' über die ‚Verteidigung' der Gesellschaft werden als Ziele der repressiven akustischen Wohnraumüberwachung sogar die „Rechtssicherheit" und der „Schutz von Freiheiten der Bürger vor Kriminalität" [639] bis hin der „Verteidigung des Rechtsstaates gegen Angriffe"[640] ganz allgemein genannt. Mit der akustischen Wohnraumüberwachung will man „den Rechtsstaat bewahren". [641]

Die ‚Bedrohung' und die ‚Gefahr', die die ‚Organisierte Kriminalität' – laut dem Gesetzgeber – bilden, gehen weit über den physischen und ökonomischen Schaden hinaus. Sie werden als eine Angelegenheit der Inneren Sicherheit betrachtet.[642] Die Strukturen des Rechtsstaates und damit die Rechte, die in diesem Staat anerkannt und geschützt werden, seien durch die ‚Organisierte Kriminalität' gefährdet. Diese begriffliche Äquivalenzkette verbindet und verschiebt die Signifikanten und Signifikaten ‚Schutz' präventiv mit ‚Verteidigung' reaktiv. Diese Begriffe werden zugleich mit ‚Gesellschaft' und die ‚Gesellschaft' mit dem ‚Staat' und dem ‚Rechtsstaat' verknüpft. Die ‚Verteidigung' sei hier die ‚Verteidigung' der ‚Gesellschaft', des ‚Staates', des ‚Rechtsstaates' und seines ‚Rechts'. Die ‚Gefahren' und die ‚Bedrohung' werden in einer negativen Äquivalenzkette mit der ‚Organisierten Kriminalität' verknüpft. Beide

[639] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19539. Vgl. auch E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 10.
[640] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19536.
[641] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17704.
[642] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19520, 19558.

Ketten verlieren im *laclauschen* Sinne ihre innere Differenzialität – die Glieder der Kette werden begrifflich assimiliert bzw. äquivalent – und können nur als Negation der oppositionellen begrifflichen Serie bestimmt werden: Die ‚Verteidigung' und der ‚Rechtsstaat' werden als Opposition der ‚Organisierten Kriminalität' bestimmt. Nach dieser Annahme sei „der Kampf gegen die organisierte Kriminalität […] ein Kampf für den Rechtsstaat."[643] Außerhalb der Logik dieser Diskurse und außerhalb dieser oppositionellen Äquivalenzserien wäre schwer nachzuvollziehen, inwiefern die „Freiheit der Bürger" und die „Rechtssicherheit" von der ‚Organisierten Kriminalität' bedroht sein könnten. Es wäre auch schwer nachzuvollziehen, wie diese Bedrohung durch die akustische Wohnraumüberwachung beseitigt werden könnte. Die Erklärung ist in den diskursiven Gefügen enthalten: ‚Gesellschaft' und ‚Bürger' werden äquivalent. Wenn die ‚Organisierte Kriminalität' eine Bedrohung für die ‚Gesellschaft' ist, dann bildet sie zugleich eine ‚Bedrohung' für die ‚Bürger und ihre Freiheiten', die in der Äquivalenzkette dieses Diskurses als äquivalent zur Gesellschaft und zu ihren Gütern präsentiert werden. Ferner, wenn die ‚Bürger' begrifflich mit der ‚Gesellschaft' und mit dem ‚Staat' äquivalent gemacht werden, ist diskursiv zu folgen, dass ihre Oppositionsreferenz – die ‚Organisierte Kriminalität' – als ‚Nichtbürger' zu verstehen ist. *Die ‚Organisierte Kriminalität' zeigt sich demzufolge nicht als ein ‚Verbrechen', das zu verfolgen ist, sondern vielmehr als ein diffuser ‚Gefährder', der die ‚Sicherheit' des Rechtsstaates bedroht und den es zu bekämpfen gilt.*

4.2.2.4. Fortsetzung einer Bekämpfungsgesetzgebung

Die akustische Wohnraumüberwachung zur Beweismittelgewinnung folgt einer Reihe von Gesetzen, die die ‚Bekämpfung' verschiedener Bereiche der „Schwerkriminalität",[644] der „besonders sozialschädliche[n] Kriminalität"[645] zum Ziel haben. Diese beiden Begriffe, die Kriminalitätsformen bezeichnen mögen, orientieren sich an der begrifflichen Serie der ‚Organisierten Kriminalität'.[646] Durch die akustische Wohnraumüberwachung als ‚Bekämpfungsmittel' wolle der Staat für die ‚Innere Sicherheit' sorgen,[647] die als ein weiterer Begriff

643 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19524; siehe auch BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17699.

644 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17695. Dieselben Ziele wurden ebenfalls in der Diskussion über das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts präsentiert (vgl. BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16446).

645 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19552.

646 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17703.

647 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19520.

an die begriffliche Äquivalenzkette ‚Sicherheit'–‚Schutz'–‚Verteidigung' anknüpft.

Die Vorstellung, dass man sich gegen einen großen Ansturm der ‚Organisierten Kriminalität' „auch in der Strafverfolgung […] wehren"[648] müsse, betont die kämpferische Einstellung dieser Gesetzgebung. Das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung richte sich daher nicht gegen die ‚Bürger', sondern gegen *feindliche ‚Gefahren' bzw. diffuse ‚Feinden'*.[649] Es wird die „Bekämpfung einer großen Gefahr, die auf uns zukommt",[650] sowie die „Bekämpfung der internationalen organisierten Kriminalität"[651] an die Wand gemahlt. Diese Bezeichnungen verwischen die Grenzen zwischen ‚Innen-' und ‚Außensicherheit'. Das Strafrecht ist dann sowohl ‚Prävention' vor als auch ‚Bekämpfung' von ‚Organisierter Kriminalität'.[652]

Der Strafrechtsdiskurs kehrt sich auf diese Weise um: Die Gefahr für den Rechtsstaat bestünde im strafrechtlichen Bereich nicht so sehr in der Berührung von Grundrechten während des Strafprozesses und in der Anwendung des Strafrechts, sondern vielmehr in der nicht ausreichenden Umsetzung von Verteidigungsmaßnahmen gegen ‚Gefahren' und ‚Bedrohungen'. Die akustische Wohnraumüberwachung sei notwendig,

> *„damit unser Staat dieser Kriminalitätsform überhaupt ein Abwehrmittel entgegensetzen kann. Wer absolute Beweiserhebungsverbote für das gesamte Spektrum aller Zeugnisverweigerungsberechtigten fordert, muß dann auch die Garantie dafür geben können, daß dieses Recht nicht als staatlich garantierte Schutzzone für Schwerverbrecher missbraucht werden kann. Diese Gefahr ist ganz deutlich gegeben."*[653]

Die akustische Wohnraumüberwachung ist daher nicht als Verfolgungsinstrument, sondern als kämpferisches Abwehrmittel konstruiert.[654] Beide Begriffe werden als *Äquivalente* in der akustischen Wohnraumüberwachung materialisiert.

---

[648] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19519. Im ähnlichen Sinne, *ibidem,* S. 19535.

[649] Die Konstruktion des „Feindbildes" der ‚Organisierten Kriminalität' im strafprozessualen Bereich wird bereits von *Dencker* (1994: 667) kritisiert, weil mit diesem Bild „die Ausdehnung von Strafrechtsnormen und strafprozessualen Eingriffsermächtigungen durchgesetzt wird".

[650] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19519.

[651] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19535 f.

[652] Nicht zu vergessen ist aber, dass es von der ‚Prävention' zur ‚Gefahrenabwehr' nur ein kleiner Schritt ist. So klein ist auch der Schritt von Art. 13, Abs. 3 GG zu Art. 13, Abs. 4 GG. Ausführlich über diese Tendenz des Strafrechts siehe *Hassemer* 2006.

[653] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19552.

[654] Die Kontrolle und Beschlagnahme der Gelder, so wie sie in derselben Sitzung des 16. Januar 1998 diskutiert worden sind, folgen derselben Logik: „Es ist völlig klar: Geld in den Händen der organisierten Kriminalität ist eine Gefahr. Wir haben über die Gefahrenabwehrrechte die Möglichkeit, daß derjenige, bei dem das Geld sichergestellt wird,

4.2.2.5. Terrorismusbekämpfung

Als die Maßnahme und ihre Regulierung zum zweiten Mal im Parlament diskutiert und Entwürfe für das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts präsentiert wurden, tauchte ein neues Ziel der Maßnahme auf. Dieses Ziel war sechs Jahre vorher nicht ein einziges Mal erwähnt worden. Die akustische Wohnraumüberwachung soll im Jahr 2005 ebenfalls zum Zweck der ‚Terrorismusbekämpfung' eingesetzt werden.[655] Es gehe auch darum, „Terrorakte zu verhindern oder aufzuklären".[656] Einige Parlamentarier behaupteten sogar: „Die akustische Wohnraumüberwachung hat sich als unverzichtbar erwiesen, um die strafrechtliche Bekämpfung der organisierten Kriminalität, des Terrorismus und anderer besonders schwerer Formen von Kriminalität zu verbessern".[657] Auch für die ‚Bekämpfung' des ‚Terrorismus' habe sich die Maßnahme als *unverzichtbar erwiesen*. Es wird mit dem ‚Terrorismus' argumentiert und dadurch wird eine erneute Rechtfertigung der Maßnahme geschaffen. Tatsächlich wird jedoch in keinem Moment bewiesen, warum, wie, und wozu die akustische Wohnraumüberwachung mit ‚Terrorismusbekämpfung' zu verbinden ist. In dem Moment, in dem ‚Terrorismus' zum Teil des Diskurses wird, benötigt die Maßnahme keine weitere Rechtfertigung.[658] Die begriffliche Äquivalenzkette der ‚Organisierten Kriminalität' wird erweitert um den Begriff ‚Terrorismus'. Dieser Begriff ist allerdings kein isolierter Begriff: Eine Schutzmaßnahme gegen den ‚Terrorismus' ist zugleich eine Interventionsmaßnahme gegen äquivalente diskursive Elemente des ‚Terrorismus': ‚Islam', ‚Schläfer', ‚Ausländer' etc. Die Einführung der ‚Terrorismusbekämpfung' in den Diskurs der einzuführenden akustischen Wohnraumüberwachung fixiert neue Wirkungen im Sinnfeld des Strafrechtsdiskurses. Diese gesetzlichen

an der Beseitigung der Gefahr mitwirken muß – anders als im Strafrecht. So haben wir eine andere wirkungsvolle Möglichkeit, die wir über die Gefahrenabwehrrechte der Länder verbessern können." (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19553).

[655] BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14296.

[656] BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14293.

[657] E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S.1. Vgl. auch *ibid.* S. 10 f.

[658] Zur Nützlichkeit der Schreckensszenarien in der Politik siehe *Opitz/Tellmann* 2009. Die folgende Passage macht deutlich, dass die Erwähnung von Katastrophen und gefährlichen Situationen als Grundlage gelten können: „Auch die Ereignisse von Madrid haben gezeigt, dass Deutschland Ziel von terroristischen Anschlägen sein kann und dass die Wohnraumüberwachung auch im Zusammenhang mit dem Kampf gegen den Terrorismus ein wichtiges Mittel ist und bleiben muss." (BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14292). Die Parlamentarier bleiben allerdings den Beweis schuldig, dass die akustische Wohnraumüberwachung für die ‚Terrorismusbekämpfung' *wichtig* ist.

Begründungen erweitern gleichermaßen die Rechtfertigungsplattform der Maßnahme wie auch ihren Anwendungsbereich.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Ziele der akustischen Wohnraumüberwachung immer noch unbestimmt und dennoch eindeutig dargestellt worden sind: Das Ziel ist die ‚Sicherheit', die einer ‚existenziellen Bedrohung' ausgesetzt sei und ‚Notmaßnahmen' rechtfertige.[659]

4.2.3. Figuren

4.2.3.1. Deutungsmuster der ‚Organisierten Kriminalität'

Die durch die akustische Wohnraumüberwachung zu bekämpfende ‚Organisierte Kriminalität' erweist sich unter den Parlamentariern sowie durch das Bundesverfassungsgericht als schwer zu begreifen.[660] Während in einigen Beiträgen die Gewaltbereitschaft für diese Kriminalitätsform betont wird, ist daneben auch von Schreibtischkriminalität die Rede. Gegen die hoch komplexen Strukturen, die manche der ‚Organisierten Kriminalität' zuschreiben, betonen andere ihre zersplitterte und unqualifizierte Begehungsweise. Im Folgenden werden die vom Gesetzgeber und vom Bundesverfassungsgericht angenommenen unterschiedlichen Äußerungsformen der ‚Organisierten Kriminalität' analysiert. Folgende Äußerungen *materialisieren* durch die *als wahr eingeschriebenen* Aussagen im Parlament und in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts das Verständnis von ‚Organisierter Kriminalität' und machen von der diffusen Figur eine diskursiv fixierte ‚gefährliche' Figur, die offensive staatliche Mittel erforderte. Die ‚Organisierte Kriminalität' wird damit zum ‚Gefährder' der Sicherheit und zum Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung:

1. *„Abgeschottet", „professionell", und „international"*: Die Behauptung, es handele sich um „geschlossene, professionell abgeschottete Strukturen organi-

[659] Hier lässt sich erneut der theoretischen Ansatz der *Securitization* überlegen, dass etwas *zu securitisieren*, nicht unbedingt mit einer ontologischen Sicherheitsbedrohung zu tun hat, sondern mit der Vorstellung der existenziellen Bedrohung. Securitizationsprozesse – wie z. B. parlamentarische Diskussionen, in denen die ‚Organisierte Kriminalität' als existenzielle Bedrohung präsentiert wird – müssen als *speech act* verstanden werden: „It is not interesting as a sign referring to something more real; it is the utterance itself that is the act. By saying the words, something is done" (*Buzan/Waever/de Wilde* 1998: 26).

[660] Grundlegend zur begrifflichen und empirischen Kontroverse der ‚Organisierten Kriminalität' *Kinzig* 2004, *Fernández Steinko* 2008. Siehe auch auf die Frage der strafprozessualen Observation bezogen *Hohenhaus* 2006: 53 ff.

sierter, zumeist international agierender Tätergruppen",[661] weist auf „eine Organisationsform, die mit sehr unterschiedlichen Qualifikationen ausgestattete Teilnehmer hat"[662] hin.

Die Strukturen seien zugleich abgeschottet, international[663] und schienen sich immer mehr zu internationalisieren.[664] Dies gehe mit der Internationalisierung von „Warenströmen, von Menschenbewegungen, von Geldströmen" einher.[665] Dass die international agierende Kriminalität mehrere Begehungsformen hat und zugleich auf oft sehr instabilen und kurzfristigen Verhältnissen basiert, wird in den Diskussionen jedoch nicht berücksichtigt.[666] Vielmehr ist eine Überzeugung von der Permanenz und Konsistenz der ‚Organisierten Kriminalität' vorhanden. Hier handele es sich „in aller Regel um Dauerdelikte". Dies erschwere etwa die Trennung zwischen Prävention und Repression,[667] da „kriminelle Organisationen der hier interessierenden Art Verbrechen nicht nur ständig planen, sondern auch begangen haben."[668]

2. *„Gewalttätig"*: Die ‚Organisierte Kriminalität' sei grundsätzlich gewalttätig, „kein Kinderspiel"[669] und kein „Kavaliersdelikt".[670] Sie habe mit Mord, Menschenhandel, Drogenkriminalität und Waffenhandel zu tun.[671] Es handele sich „um eine böse Realität", die das Leben, die körperliche Unversehrtheit sowie das Eigentum von Individuen in Gefahr bringe.[672] Der „Hang zur Gewaltbereitschaft"[673] sei ein Markenzeichen der ‚Organisierten Kriminalität'. „Gewaltbereitschaft verhindert Zeugenaussagen. Wer will noch klagen, wenn

661 E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S.12. Die „Abschottung nach Außen" ist beispielsweise für *Hohenhaus* (2006: 62) ein „grundlegendes Kriterium" für die Definition der ‚Organisierten Kriminalität'. Es sei daher nach ihm zu widerstreiten, dass das Konzept der ‚Organisierten Kriminalität' lediglich als reine Ausrede („trojanisches Pferd") zur Einführung von besonderen Ermittlungsmaßnahmen diene.
662 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19551, Minister Glogowski, Niedersachsen.
663 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17697.
664 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17696.
665 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17696.
666 Vgl. *in extenso* über die Diversität und Unbestimmtheit der Formen von ‚Organisierter Kriminalität' *Fernández Steinko* 2008. Vgl. auch *Siebert/Bögel* 1993: 46 ff. Konkret über die Vielfältigkeit der Taten, die unter diese Kategorie eingeordnet sind vgl. *Welp* 1994.
667 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17694.
668 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17698.
669 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17684.
670 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19557.
671 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19557.
672 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17684.
673 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19557.

spätestens die Vollstreckung einer Entscheidung mit Gewalt beantwortet wird?“[674]

3. *„Macht über Geld“*: Aus den vorliegenden Dokumenten geht hervor, dass es sich bei der ‚Organisierten Kriminalität' um Gewaltkriminalität und zugleich auch um Schreibtischkriminalität handeln soll. Sie sei „eine Kriminalität, die nicht so augenscheinlich, nicht so spektakulär auftritt wie die Gewaltkriminalität. Sie tritt im Verborgenen auf. Das sind jene Damen und Herren, die in den Hinterzimmern oder an den Schreibtischen sitzen und von sicherer Warte aus versuchen, ihre Geschäfte zu machen und ihre Vermögen zu vermehren.“[675] Hier scheinen nicht mehr Gangster und Mörder die Akteure zu sein, sondern Damen und Herren, die grundsätzlich daran denken, ihr Vermögen zu vermehren und „Macht über Geld zu erlangen“.[676] Das „legale Geschäftsleben“[677] sei besonders betroffen.

4. *„Gesellschaft in der Gesellschaft“*: Die ‚Organisierte Kriminalität' beschränke sich aber nicht nur auf den Schreibtisch des Hinterzimmers. Die ‚Organisierte Kriminalität' bilde vielmehr „eine Geschäftswelt in der Geschäftswelt, eine Welt des Unrechts in unserem rechtsstaatlichen Gefüge“; weil man dagegen angehen müsse, „ist der Kampf gegen die Gewinne so entscheidend.“[678] Die wichtige Rolle, die die ‚Organisierte Kriminalität' einnehmen *wolle*, habe dementsprechend mit Geld zu tun. Sie kann und *will* aber auch Schaden an Bürger, Gesellschaft und Staat anrichten.[679] Bemerkenswert ist immer wieder, wie der ‚Organisierten Kriminalität' eine Subjektqualität zugeschrieben wird und sie deshalb Wünsche und Willenskraft äußern können soll. Aus diesem Grund erklären manche Parlamentarier: „Wir wollen Gesetze ändern, weil die organisierte Kriminalität die Bürger und diesen Staat beschädigen will und dies auch tut. Sie will rechtsfreie Räume schaffen, in denen sie das Sagen hat.“[680] Ob der von der ‚Organisierten Kriminalität' angestrebte finanzielle Schaden so eng verbunden mit „einer hohen Sozialschädlichkeit“ für den „einzelnen Bürger“ ist, und sogar für den „ganzen Staat in seiner freiheitlichen Existenz“[681], wie es stets angedeutet wird, bleibt jedoch in den Diskussionen offen.

5. *„Entwicklung“*: Auch wenn keine Einigkeit darüber besteht, was die „Organisierte Kriminalität“ tatsächlich ist, wird stets behauptet, dass sie stän-

---

674 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19557.
675 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17700.
676 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17684.
677 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19549.
678 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17700.
679 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19551.
680 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17703.
681 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19551.

dig zunehme,[682] Europa und Deutschland erobere[683] und deswegen ein neues Instrumentarium für ihre Bekämpfung notwendig sei.[684]

6. *„Alles und nichts"*: Es gibt allerdings auch Stimmen, die sich kritisch gegenüber dem Umgang mit dem Konzept der ‚Organisierten Kriminalität' äußern. Selbst das Bundesverfassungsgericht stellte „skeptisch"[685] fest, bevor es die Verhältnismäßigkeit der Verfassungsänderung für die Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung zum Zweck der Verfolgung der ‚Organisierten Kriminalität' bestätigte, dass sich das Phänomen ‚Organisierte Kriminalität' „allerdings nur schwer fassen" lasse,[686] und behauptete gleichfalls skeptisch, dass die ‚Organisierte Kriminalität' „alles und nichts" sei.[687]

Die Etablierung der ‚Organisierten Kriminalität' als selbstständiger Begriff[688] zeigt sich gerade in der Tatsache, dass trotz der Unbestimmtheiten und Zweifel eine Verfassungsänderung damit begründet wurde. Die ‚Organisierte Kriminalität' lässt sich allerdings nicht einheitlich definieren. Der Signifikant ‚Organisierte Kriminalität' bringt viele unterschiedliche Signifikaten mit sich, die sich nur in forcierter Weise mit dem gleichen Signifikanten identifizieren lassen. ‚Organisierte Kriminalität' ist ein Begriff, bei dem die von *Laclau* ausführlich explorierte Polysemie der Sprache Bedeutung erlangt. Nur eine Institutionalisierung des Begriffs, d. h. die begrifflich kontingente Fixierung seines Inhalts macht ‚Organisierte Kriminalität' zu einem Diskurs: Der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht sind institutionelle Akteure, die über Definitionsmacht verfügen. Beide Akteure können in ihren diskursiven Positionen unbestimmte Begriffe fixieren und der Unbestimmtheit die Illusion der Fixierung gewähren. Diese Begriffe – Signifikant und Signifikat – bilden die diskursive Figur ‚Organisierte Kriminalität', die dadurch bestätigt und materialisiert wird. Die von ihr ausgehenden ‚Gefahren' werden ebenfalls materialisiert und

---

[682] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19549.

[683] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17703; BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19518, 19551.

[684] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19553.

[685] *Hirsch* 2004: 89.

[686] BVerfGE 109, 279, S. 338. Das Gericht weist auch auf das ähnliche Ergebnis der gemeinsamen Arbeitsgruppe von Innen- und Justizministerium hin (BVerfGE 109, 279, S. 339).

[687] Dabei greift man auf die Position der Humanistischen Union in ihrer Stellungsnahme vom 29. Januar 1994 zurück. Da stellt diese fest, ‚Organisierte Kriminalität' „sei ein ‚schillernder, kein definierbarer Begriff', der ‚alles und nichts' umfasse und wohl gerade deshalb als tauglich angesehen wird, die herrschende Kriminalpolitik des Law and order im besonderen Maße zu rechtfertigen." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17692).

[688] Vgl. für die Entstehungsgeschichte des Begriffes, der zunächst als politisches Werkzeug konstruiert wurde, *Fernández Steinko* 2008: 61 ff.

deren ‚Bekämpfung' sei folglich gerechtfertigt. Dennoch sollte man sich fragen, inwiefern eine polysemische ‚Organisierte Kriminalität' diskursiv genug fixiert ist, um Einigkeit über die Verhältnismäßigkeit der gegen sie gerichteten Bekämpfungsmaßnahmen zu erreichen. Ist es möglich, eine Überprüfung der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung vorzunehmen, wenn das zu bekämpfende Objekt äußerst unbestimmt bleibt?

4.2.3.2. Adressaten der repressiven akustischen Wohnraumüberwachung

Die akustische Wohnraumüberwachung, die zum Zweck der ‚Bekämpfung' der ‚Organisierten Kriminalität' eingeführt wurde, kann praktisch jede Person betreffen. Diese Aussage lässt sich grundsätzlich damit erklären, dass die ‚Organisierte Kriminalität' *alles und nichts* ist. Die in der ‚Organisierten Kriminalität' involvierten Individuen sind nicht einheitlich zu bestimmen. Im Gesetz zur Regulierung der akustischen Wohnraumüberwachung sind lange Tatenkataloge vorgesehen und nicht Tätertypen beschrieben, d.h. die *Einschreibung* des Diskurses bleibt im Rahmen des rechtsstaatlich Erwartbaren. Die Parlamentarier schildern dagegen in ihren Beratungen die konkreten Adressaten der Abhörmaßnahmen und zeigen bei der Spontaneität der Aussagen, dass sich der Diskurs ‚Organisierte Kriminalität' auf unerwartete Gebiete verlagern kann. Die Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung nehmen viele Gesichter an:

1. *„Verbrecherwohnung", „Gangster", „Mafia"*: Es geht nicht um einen ‚Verbrecher', der immer noch als ‚Bürger' betrachtet wird. Es werden stattdessen ‚feindliche' Figuren beschrieben, die die Allgemeinheit *gefährdeten*.[689] Diese Figuren bleiben allerdings oft *subjektlos*. Mit der akustischen Wohnraumüberwachung werde auf „Gangsterwohnungen"[690] abgezielt und auf „die Mafia".[691]

---

[689] Eine ähnliche Bemerkung bei *Mozek* 2001: 73: „Insoweit bedient sich der Gesetzgeber eines in der Öffentlichkeit gängigen Feindbildes, das mit starken emotionalen Vorurteilen belegt ist. So haben einschlägige Veröffentlichungen im Bereich des Films und der Literatur für ein Angstgefühl gegenüber mafiösen Strukturen gesorgt." Das Konzept des „Feindbildes" bezieht *Mozek* auf *Dencker* 1994: 667.

[690] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17680, 17682, 17695. Gegen diese wiederholte Bezeichnung wenden sich auch scharf kritische Stimmen, die das Konzept für nichtrechtsstaatlich halten (siehe in der gleichen Sitzung, *ibidem,* S. 17702; sowie BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19525).

[691] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17681. Über die positive (und deshalb angeblich auch in Deutschland ratsame) Umsetzung dieser Maßnahme gegenüber der italienischen Mafia vgl. auch BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19554.

Ein Parlamentarier fragte sogar empört: Warum darf man nicht die „übelsten Fische aus dem Bassin herausangeln?“[692] Gespräche von „Kriminellen“,[693] „Gangsterbossen und Drogenhändlern“[694] sind die Ziele dieser Überwachung. Die „hochprofessionell agierenden Köpfe des organisierten Verbrechens“[695] werden als Adressaten genannt.

2. *„Gewalt“*: Im Parlament wird oft die Gewalttätigkeit dieser Figuren und ihrer Taten hervorgehoben. „Es ist auch keine Frage, daß wir nicht den anständigen Bürger in diesem Staat bewachen wollen. Wir wollen an die Gangster ran, die morden, die entführen, die unsere Kinder in die Drogensucht treiben“.[696] Die Adressaten der Maßnahme werden auf diese Weise als gewalttätige Gangster geschildert, begrifflich von der übrigen Bevölkerung getrennt und damit der Gesellschaft *entfremdet*.

> *„Schutz vor Verbrechen rechtfertigt nicht, daß Drogendealer – ich sage deutlich: das sind Mörder – unter Berufung auf eine sogenannte Privatsphäre in Wohnungen, Hotelzimmern oder ähnlichem ungeschoren das tun dürfen, was bis zum Mord, vor allem an jungen Menschen, führen kann.“*[697]

Diese diskursiven Konstruktionen, die ausschließlich in den mündlichen Darstellungen und nicht in den schriftlichen Äußerungen des Diskurses enthalten sind, ermöglichen ferner, dass diese Personen nicht mehr als Rechtsträger gesehen werden. *Die Privatsphäre wandelt sich diskursiv in eine Privatsphäre, die diffus bleibt.* Die akustische Wohnraumüberwachung entwickelt sich auf diese Weise in eine notwendige Maßnahme, die Mörder, Drogendealer und auch Sexualstraftäter erreichen solle.[698] Die Täter hätten nichts anderes verdient. „Er kann sich dann nicht auf die Verfassung berufen. Das ist das Entscheidende.“[699]

Die Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung werden nicht als ‚Verbrecher‘ mit Rechten angesehen. *Sie werden als gefährdende Figuren konstruiert, deren Rechte aberkannt werden. Sie werden zu Fremden konstruiert und entrechtlicht.* Nicht einmal die Verfassung decke die Rechtsansprüche dieser Adressaten, die nicht als körperliche Individuen, sondern als gewalttätige Phänomene (‚Mafia‘, ‚Gangster‘ etc.), d.h. als ‚Gefährder‘ zu bekämpfen seien.

---

692 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17696.
693 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19528.
694 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17703.
695 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19538.
696 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17703. Im ähnlichen Sinne BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19558.
697 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17683.
698 Vgl. BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14294.
699 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17683/84.

3. „*Ausländer*“. Die Gewalttätigkeit der ‚Organisierten Kriminalität‘ wird oft mit ‚Ausländern‘ in Verbindung gebracht. Wenn etwa über eine Zunahme der Gewaltkriminalität in München gesprochen wird, wird als Erklärung genannt, dass es an den vielen Ausländern läge.[700] Ausländer sind Hauptadressaten der und dienen zugleich als Rechtfertigung für die akustische Wohnraumüberwachung im strafprozessualen Bereich.[701] Sowohl wegen ihrer ethnischen und sprachlichen Fremdheit, die die Aufgabe eines verdeckten Ermittlers quasi unmöglich mache[702] wie auch wegen ihrer hohen Gewaltbereitschaft und Respektlosigkeit gegenüber der rechtsstaatlichen Ordnung seien sie als ‚Gefährder‘ einzustufen. Es fließt, dass, wenn ‚Ausländer‘ die rechtliche Ordnung nicht kennen, ablehnen oder sogar gefährden, diese ‚Ausländer‘ in diese Ordnung – und ihre Garantien – nicht unbedingt einbezogen werden sollten. Die begriffliche Verschiebung, d.h. die Bindung zwischen den Begriffen ‚Organisierte Kriminalität‘ und ‚Ausländer‘, deutet sich wiederholt an.[703] Die Rede ist von „vietnamesischen Zigarettenhändlern“[704], „russischen Zuhältern“[705] und von „rumänischen Banden“.[706] Die Realität seien „nahezu 100 Morde im Zusammenhang mit vietnamesischen Zigarettenbanden im Raum Berlin und in den neuen Bundesländern, Tausende Opfer von Schutzgelderpressungen chinesischer Triaden und türkischer PKK“; Dies sei kein „Phantasieprodukt“.[707] Die begriffliche Verkettung zwischen ‚Ausländer‘ und ‚Organisierte Kriminalität‘ fördert die diskursive Trennung zwischen ‚Bürger‘ und ‚Organisierte Kriminalität‘, und daher auch die *Unterscheidung zwischen dem modernen ‚Verbrecher‘ – dessen*

---

[700] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17681.

[701] Es wird behauptet, dass die ‚Organisierte Kriminalität‘ über die Grenzen hinaus begangen werde und sich „bevorzugt als Ausländerkriminalität im Inland darstelle“ (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17697) und „70 Prozent derjenigen, die in der organisierten Kriminalität tätig sind, sind Ausländer. Dazu gehören auch Deutsche, die in anderen Ländern als Ausländer in der organisierten Kriminalität agieren.“ (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19551). Es sei auch eine schlimme Situation, „daß 62 Prozent der Tatverdächtigen in der organisierten Kriminalität, die bei uns tätig sind, aus 90 Ländern der Welt kommen. Hier brauchen wir neue Antworten, weil die alten nicht mehr hinreichend sind.“ (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17697). Die akustische Wohnraumüberwachung im Strafprozess sei eine dieser Novellierungen.

[702] So hat sich der damalige Bundesinnenminister geäußert: „Was soll in einer ethnisch geschlossenen Gang aus einem fernen Land der deutsche verdeckte Ermittler, ein klassisches Mittel der Aufklärung, ausrichten können?“ (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17697). Ähnlich auch beim Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 109, 279, S. 341).

[703] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17696, 17704.

[704] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17704.

[705] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17704.

[706] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19531.

[707] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19554.

Mitgliedschaft als ‚Bürger' und Teil der Gesellschaft nicht verneint wird – und dem entfremdeten ‚Gefährder', der als Unsicherheit verbreitende und gefährdende Figur für die Allgemeinheit geschildert wird.

4. *„Terroristen"*: Mit dem zweiten Gesetzgebungsverfahren werden ‚Terroristen' erstmals als Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung berücksichtigt. Es wird eigentlich vom „Terrorismus"[708] und von „terroristischen Vereinigungen"[709] und nicht von ‚Terroristen' gesprochen, was den unpersönlichen Charakter der Maßnahme hervorhebt.[710] Diese neuen Adressaten stehen in der Logik dieses strafrechtlichen Dispositivs, das nicht mit den „Eigenen"/„Bürgern", sondern mit den ‚Fremden' und mit deren ‚Gefahren'/‚Risiken' zu handeln hat. ‚Terroristen' sind Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung und werden *zu ‚Gefährdern' gemacht, die als kumulative Risikofaktoren und nicht spezifisch als Täter angesehen werden, denen eine bestimmte Tat zugeschrieben wird.*

5. *„Nicht-Bürger"*: Eine andere Form des Gesetzgebers, sich über die Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung zu äußern, hebt weiter hervor, dass eine Figur des ‚Nicht-Bürger' geschaffen wird. Den ‚Bürgerinnen' und ‚Bürgern' wird das Recht zugestanden, in Ruhe gelassen zu werden.[711] Wenn Bürger von der Maßnahme betroffen würden, entstünde diese Situation – nach ihrer Argumentation – nicht, weil sie Adressaten seien, sondern weil *ex ante* nicht richtig eingeschätzt wurde, ob sich in den abgehörten Räumlichkeiten Adressaten (Nicht-Bürger) oder eben Nicht-Adressaten (Bürger) aufhielten. Eine solche Betrachtung erscheint nicht haltbar; es liegt in der Unbestimmtheit der Figur ‚Organisierte Kriminalität', dass jederzeit abgehört werden kann, was abgehört werden soll.[712] Den Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung wird im Diskurs die Bürger-Qualität aberkannt. Wenn man etwa fordert, dass sich „die Bürgerinnen und Bürger in diesem Lande zu jeder Zeit frei, vor allem angstfrei, und sicher bewegen können",[713] drängt sich auf, dass rasch von jemandem die Gegenfrage gestellt wird: „Und die Verbrecher?",[714] als ob

---

708 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 16455.

709 BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14292.

710 Vgl. E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S.1, 10/11; BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14292.

711 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19524.

712 In diesem Sinne auch *Denninger* (2004a: 17): „Niemand, auch der tugendhafteste Bürger nicht, kann in Zukunft vollkommen sicher sein, in seiner oder in der Wohnung von Freunden, Bekannten oder ihm (noch) ganz Unbekannten nicht belauscht zu werden."

713 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19524.

714 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19524; vgl. auch *ibídem*, S. 19558. Siehe im gleichen Sinne BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19524.

'Verbrecher', die von der Maßnahme adressiert werden, keine 'Bürger' wären. An den Begriff der 'Organisierten Kriminalität' knüpft die Vorstellung von einem 'Nicht-Bürger' an, und an den Begriff des 'Nicht-Bürgers' knüpft der des 'Gefährders' an. Es geht um eine Kategorie von 'Verbrecher', die eigentlich nichts mit dem modernen Verständnis des'Verbrechers' zu tun hat: Dieser 'Verbrecher' wird richtigerweise generell als 'Bürger' bzw. Mitglied der Gesellschaft anerkannt, behält seine verfassungsrechtlich verbrieften Rechte, ihm werden Taten und nicht Gefahren zugewiesen etc. Diese Annahmen passen aber offenbar nicht in den Diskurs über die 'Organisierte Kriminalität'. Auch das Bundesverfassungsgericht erklärt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber vor allem Delikte in den Blick genommen habe, die typischerweise von „organisiert vorgehenden Banden" und von der sogenannten „Organisierten Kriminalität" begangen würden.[715] *Somit übernimmt das Gericht die Argumente des Gesetzgebers, der sich schon in seinen Diskussionen von der Figur des 'Verbrechers' verabschiedet, indem er die Akteure entsubjektiviert. Es geht nicht mehr um 'Straftäter' und 'Strafrecht', sondern um 'Gefahren', 'Abwehr' und 'Bekämpfung'. Es geht insgesamt um 'Gefahrenabwehr'.* Der Diskurs der 'Gefahrenabwehr' wird anschließend in den Strafrechtsdiskurs eingeführt.[716] Die 'Organisierte Kriminalität' als Adressat der akustischen Wohnraumüberwachung folgt demzufolge nicht den modernen Prinzipien des Strafrechts (Bestimmtheit, Tatorientierung etc.), sondern vielmehr einer Kombination aus den Logiken des Risikomanagements mit entsubjektivierenden Techniken, die auf der Basis von festgelegten Risikofaktoren die Wirklichkeit zu verwalten versuchen, und die Bekämpfung von 'Gefahren' bzw. von 'Feinden' in den Mittelpunkt des Diskurses stellen. Wenn die 'Organisierte Kriminalität' als Figur ohne Gesicht, ohne Rechte und ohne konkret zuzurechnende Taten konstruiert wird, ist sie eine Figur, die als 'Gefährder' konstruiert wird: Nicht länger das moderne Strafrecht und auch nicht lediglich das Risikomanagement oder die Bekämpfung, sondern die *Zusammensetzung von Konstruktion* von Gefahren *und* ihrer *Ausschaltung* werden gegen die 'Organisierte Kriminalität' eingesetzt. Insgesamt geht es um 'Gefährdungsrecht'.

[715] BVerfGE 109, 279, S. 315.

[716] Bereits *Hassemer* (2006: 325) hat vor der Tendenz des Strafrechts zur Gefahrenabwehr gewarnt und überlegt, ob das Strafrecht dabei ist, „zu einem Gefahrenabwehrrecht zu mutieren"; siehe auch *ibid.*, S. 332.

4.2.4. Grenzdiskurse

Grenzdiskurse sind die Diskurse, deren Signifikanten und Signifikaten verwandt, aber nicht unmittelbar verbunden mit dem infrage kommenden Diskurs sind. Im nachfolgenden Abschnitt wird zu analysieren sein, welche Diskurse sich als Grenzdiskurse des ‚Strafrechts' bestimmen lassen und inwiefern diese Diskurse den Strafrechtsdiskurs beeinflussen bzw. modellieren. Dazu wird die akustische Wohnraumüberwachung ins Verhältnis zu anderen Ermittlungsmaßnahmen gesetzt, um danach die Bedeutung des Verhältnisses für das Strafrecht zu analysieren.

4.2.4.1. Die akustische Wohnraumüberwachung im Vergleich zu anderen Ermittlungsformen

Die akustische Wohnraumüberwachung wird oft als *vergleichbar mit anderen Ermittlungsinstrumenten* dargestellt.[717] Dass eine Verfassungsänderung erforderlich war, um die akustische Wohnraumüberwachung als Strafverfolgungsmittel überhaupt einführen zu können, wird offenbar als nebensächlich angesehen.

1. *„Ultima Ratio"*: Häufig wird die akustische Wohnraumüberwachung dennoch explizit durch den *Ultima-Ratio-Gedanken* gerechfertigt.[718] Die akustische Wohnraumüberwachung solle lediglich als letztes Mittel in der Strafverfolgung dienen und sei auch nur als letztes Mittel zulässig.[719] Sie sei allerdings unbedingt erforderlich.[720] Es wird im Gesetz vorausgesetzt, „daß eine Sachverhaltsaufklärung oder Aufenthaltsermittlung des Täters auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre."[721] Die eingeführte Regelung solle, so der Gesetzgeber, nur als Einschränkung der schon ohnehin praktizierten Maßnahme gelten, weil durch die Novellierung strenge Voraussetzungen für die Anwendung der Maßnahme gesetzt würden.[722] Sie sei das

---

[717] E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S. 13. Einige Abgeordnete stellen sogar die Frage: Wenn man Gangsterwohnungen überwachen will, warum wird die Maßnahme denn als Lauschangriff diffamiert? (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17680). Dazu gibt es allerdings auch eine Beschwerde: „Man hat sich leider wieder an die unselige Telefonabhörpraxis angeschlossen, über deren exorbitante Ausuferung in diesem Haus schon häufig Klage geführt wurde." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17702).

[718] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17697.

[719] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19533.

[720] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19558.

[721] E-CDU/CSU, SPD, FDP, BT-Drs. 13/8651, S.13. Im gleichen Sinne urteilt das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 109, 279, S. 341, 342).

[722] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17697, 17679.

letzte strafprozessuale Mittel und die „allerletzte Maßnahme für eine kleine Anzahl von Fällen".[723] Die akustische Wohnraumüberwachung befinde sich aus dieser Perspektive immer noch innerhalb des Strafrechtssystems.

Diese Ultima-Ratio-Erklärung hat das Bundesverfassungsgericht allerdings nicht überzeugen können. Deswegen interpretierte und *fixierte* das Gericht in seinem Urteil die Idee der *ultima ratio* für den Fall der akustischen Wohnraumüberwachung. Das Gericht stellte fest, dass der Ultima-Ratio-Gedanke freilich auch bei anderen eingreifenden Ermittlungsmaßnahmen gilt.[724] Die akustische Wohnraumüberwachung würde aber als Ultima Ratio *in das Grundgesetz* übernommen und dies würde der Regelung „ein besonderes Gewicht geben".[725] Das Bundesverfassungsgericht verleiht somit der akustischen Wohnraumüberwachung eine Bedeutung, die der Gesetzgeber ihr weder in der Verfassungsänderung noch in deren Regulierung beigemessen hat. Das Bundesverfassungsgericht wird damit zum Gesetzgeber und positioniert das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung in einem diskursiven Sinnfeld des Strafrechtsdiskurses, was ursprünglich vom Gesetzgeber nicht vorgesehen war. Der Gesetzgeber nahm im Jahr 2005 die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts an. Die akustische Wohnraumüberwachung sei die „Ultima Ratio der Strafverfolgung" und trete „als schwerstes Eingriffsmittel gegenüber allen anderen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen" zurück; dabei bezieht sich der Gesetzgeber explizit auf das Urteil des Bundesverfassungsgericht.[726]

2. *„Ausnahme"*: Wenn die Möglichkeit bestehe, dass durch die Maßnahme „etwas sehr Wichtiges herauskommt",[727] sei auf diese Maßnahme nicht zu verzichten.[728] Die akustische Wohnraumüberwachung soll damit als nur *ausnahmsweise* notwendig erscheinen. Dass diese Maßnahme als ‚Ausnahme' vorgesehen ist,[729] steht nicht im Einklang mit dem ‚Ultima-Ratio-Gedanken'.[730] Wenn die akustische Wohnraumüberwachung eine Ausnahme ist, dann kann sie nicht gleichzeitig als die letzte Ressource aus einer Liste vergleichbarer Ressourcen (Telefonüberwachung, Verdeckter Ermittler etc.) anzusehen sein. Sie ist dann vielmehr eine Maßnahme, die qualitativ außerhalb der anderen Maß-

723 BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19528.
724 BVerfGE 109, 279, S. 342.
725 BVerfGE 109, 279, S. 343.
726 E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 13.
727 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17690.
728 BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17690.
729 Vgl. z. B. in der Literatur *M. Müller* 2000: 241, der die Maßnahme als Ausnahme verteidigt. So auch im Parlament: „Im Ausnahmefall" (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19544), oder „in bestimmten Ausnahmefällen" (*ibid.*, S. 19543).
730 Vgl. etwa BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14291.

nahmen und folglich auch außerhalb des strafprozessualen Rahmens steht. Das Verhältnis von individuellen Rechten und Staatspflicht wird bei einer akustischen Wohnraumüberwachung umgekehrt.[731] Die akustische Wohnraumüberwachung ist formell als Verfolgungsinstrument im Strafprozessrecht verabschiedet worden. Sie wird allerdings als eine Maßnahme im rechtsfreien Raum geschaffen, weil dabei sämtliche herkömmliche rechtliche Regeln außer Kraft gesetzt werden (Art. 13 GG, Verhältnismäßigkeit, Bestimmtheitsgebot etc.). Damit wird ein Problem des Gesetzgebers deutlich. Er behauptet: „In bestimmten Ausnahmefällen – wir können sie auch Dilemma nennen – muß der Schutz der Privatsphäre zurückstehen, wenn es um den Schutz von Leben und Freiheit der Bürgerinnen und Bürger geht."[732] Gerade dieses Dilemma drückt sich in der Ausnahmelogik aus: *Die akustische Wohnraumüberwachung zu Ermittlungszwecken will Leben und Freiheit der ‚Bürgerinnen' und ‚Bürger' schützen, ohne diesen Schutz tatsächlich gewährleisten zu können, ohne die (rechtsstaatlichen) Rechte der ‚Nicht-Bürgerinnen' und ‚Nicht-Bürger' zu berücksichtigen und ohne den herkömmlichen Grundsätzen des Strafprozessrechts zu folgen. Diese Ausnahme geht damit weit über die Formen der anderen Maßnahmen hinaus und formuliert zugleich die Logik der Ermittlungsmaßnahme um.*[733] Die unbestimmten Konturen der Figur der ‚Organisierten Kriminalität' verlagern sich und materialisieren sich diskursiv in der Unbestimmtheit der Konturen und Grenzen des strafprozessualen Rechtsdiskurses, der sich als ‚Gefährdungsrechtsdiskurs' äußert.

---

[731] Die Logik der Ausnahme, so wie sie bereits von *Carl Schmitt* und später von *Giorgio Agamben* ausgelegt worden ist, liegt gerade darin, dass innerhalb der rechtlichen Ordnung die Abschaffung dieser Ordnung vorausgesehen wird. Die Bedeutung der Ausnahme im modernen Strafrecht und im ‚Gefährdungsrecht' wird in den Kapiteln 5 und 6 bearbeitet.

[732] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19543. Über das „Dilemma" des „absolut geschützen" Kernbereich siehe auch *Arnold* 2005: 4.

[733] Einige Stimmen deuten allerdings an, dass die ausgewählte Maßnahme die Mittel und Methoden der „Gegnerinnen und Gegner eines Rechtsstaates" sei (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19529). Kritisch zu diesem Punkt siehe *Mozek* 2001: 147, nach dem der Staat an Transparenz und Vertraulichkeit verliert. Ironisch auch in diesem Sinne schon viel früher *Hirsch* über die Umdeutung des Strafrechts zu Bekämpfungaufgaben: „Wer Waffengleichheit […] fordert, muss die Strafprozeßordung und die Polizeigesetze nicht ändern. Er muss sie abschaffen, dieses lästige Gewirr von Rechten und Pflichten für Bürger und Staat" (*Hirsch* in: *Die Zeit* vom 29.05.1992).

4.2.4.2. Die akustische Wohnraumüberwachung und der präventive Strafprozess

Die akustische Wohnraumüberwachung gehört – wie gesagt – eigentlich zum Bereich des repressiven Strafprozessrechts und des Strafrechts. Sie soll in diesem Bereich jedoch eine *Ausnahme* sein. Gehört die akustische Wohnraumüberwachung zum Feld der Repression, zu dem der Prävention oder zugleich zu beiden Feldern? Wo liegen die Grenzen des Strafrechtsdiskurses und die diskursiven Grenzen von ‚Gefahr' und ‚Abwehr'? Die rechtsstaatliche Differenzierung zwischen Repression und Prävention wird vom Gesetzgeber missachtet und als „graue Theorie"[734] abgetan. Das Machbare im Bereich der Gefahrenabwehr müsse auch im Bereich der Repression möglich sein, um „Absurditäten" zu vermeiden.[735] Diese vermeintliche Absurdität wird auch als künstlich und rein juristisch abgetan. „Beides, die Prävention und die Repression – wie die Juristen sagen –, also die Verhinderung und die Verfolgung von Straftaten, greift in den meisten Fällen ineinander. Hier künstlich zu unterscheiden, wie das im Augenblick in unserer Verfassung noch geschieht, halten wir für falsch."[736] Die ‚Organisierte Kriminalität' habe bewirkt, so der Gesetzgeber, dass die herkömmliche Unterscheidung zwischen Prävention und Repression begrifflich nicht mehr angemessen und praktisch nicht länger umzusetzen sei.[737] Die Unterscheidung zwischen präventiven und repressiven Überwachungsmaßnahmen sei von der Praxis überholt worden.[738]

---

[734] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17687.

[735] „Das lassen wir uns zu; sonst kommen wir zu den absurdesten Ergebnissen. Das ist absurd. Eine solche Absurdität beseitigen wir mit diesem Vorhaben." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17685/86).

[736] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19519.

[737] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17694, 17682/83, 17698.

[738] Die Rechtswirklichkeit sei seit Jahren nicht mehr durch diese Trennung bestimmt. Drei Entwicklungen hätten diese Trennung außer Kraft gesetzt (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17698). Die erste Entwicklung habe mit den gewonnenen Erkenntnissen über die ‚Organisierte Kriminalität' zu tun. Diese Kriminalitätsform zeige sich als Dauerdelikte, bei denen begangene und zu begehende Straftaten eng verstrickt seien. „Es ist in der Praxis völlig ausgeschlossen und schlicht wirklichkeitsfremd, eine Überwachungsmaßnahme ausschließlich mit drohenden, also noch nicht begangenen Verbrechen zu begründen." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17698). Die akustische Wohnraumüberwachung sei zugleich als präventiv-repressive Maßnahme notwendig. Die zweite Entwicklung habe mit der Rechtssprechung des Bundesgerichtshofs zu tun, der genehmigt hat, dass „Erkenntnisse aus rechtmäßigen präventiven Überwachungsmaßnahmen auch im Strafverfahren, also repressiv, genutzt werden. Es gibt insoweit kein Beweisverwertungsverbot mehr." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17698). Siehe auch BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19523. Kritisch über die Entscheidung des BGH sowie über die Vermischung von Prävention und Repression sie-

Das Bundesverfassungsgericht hat seinerseits der Genehmigung für die Übermittlung von Informationen, die während einer repressiven akustischen Wohnraumüberwachung gewonnen wurden, zum Zweck der Gefahrenabwehr zugestimmt.[739] Da die Voraussetzungen in §100 f Abs. 1 Alt. 2 StPO für diese Übermittlung „vergleichbar" mit den Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 4 GG seien, sei die einfache Regelung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.[740] Voraussetzungen, die in dem einfachrechtlichen strafprozessualen Gesetz nicht vorgesehen wurden, wurden vom Bundesverfassungsgericht genannt. Während das Grundgesetz für die akustische Wohnraumüberwachung als Mittel der Gefahrenabwehr voraussetzt, dass die Gefahr „dringend" sein muss, wird dieser Aspekt in der Regulierung der Maßnahme im Strafprozess nicht berücksichtigt. Die Möglichkeit der Intervention in *nicht dringenden* Fällen lockert die Anwendung der Übermittlung von Informationen und führt zu einer noch unschärferen Unterscheidung zwischen repressiven und präventiven Zielen. Das Bundesverfassungsgericht intervenierte in dieser Frage und schaffte die notwendige Anpassung: „Im Unterschied zu Art. 13 Abs. 4 GG verlangt § 100 f Abs. 1 StPO für die Übermittlung der Information zwar ausdrücklich keine dringende Gefahr. Dass die Gefahr gleichwohl dringend sein muss, folgt aber in verfassungskonformer Auslegung des § 100 f Abs. 1 StPO aus Art. 13 Abs. 4 GG."[741] Das Gesetz fordert keine „dringende" Gefahr als Voraussetzung für die Anwendung der akustischen Wohnraumüberwachung. Es wird allerdings vom Bundesverfassungsgericht behauptet, dass das Gesetz doch diese Voraussetzung erfordere. Der Diskurs des Bundesverfassungsgerichts generiert Vorschriften, die aus dem Gesetz nicht zu entnehmen sind. Die als *wahr angenommenen Aussagen* produzieren unmittelbar dieses Gesetz.

Verfassungsrechtlich ist die akustische Wohnraumüberwachung sowohl als präventive als auch als repressive Maßnahme vorgesehen. Die präventive und die repressive akustische Wohnraumüberwachung sind jedoch in verschiedenen Abschnitten vorgeschrieben. Ausdrücklich wird das Ziel der akustischen Wohnraumüberwachung in einer Grauzone formuliert. Dem Gesetzgeber ging es bei der Verabschiedung des Gesetzes nicht um „reine Strafver-

he *M. Müller* 2000: 36 ff. Die dritte Entwicklung schließlich, die die Trennung zwischen präventiven und repressiven Maßnahmen überflüssig mache, sei mit einer Novellierung des Bundeskriminalamtgesetzes verbunden, „daß Erkenntnisse aus dem Einsatz von Personenschutzsendern, also Abhörgeräten, die verdeckte Ermittler bei sich führen, wenn sie fremde Wohnungen betreten, als Beweismittel im Strafverfahren genutzt werden dürfen, wenn dieser Einsatz richterlich genehmigt worden ist." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17698).

[739] BVerfGE 109, 279, S. 376 ff.

[740] BVerfGE 109, 279, S. 378.

[741] BVerfGE 109, 279, S. 378 f.

folgung" und auch nicht „um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches", sondern ihm „ging es darum, durch eine konsequente Strafverfolgung künftig Verbrechen zu vermeiden."[742] Einhellig ist man allerdings der Meinung, dass die akustische Wohnraumüberwachung mit „Ermittlungen" zu tun hat sowie dass durch die Novellierung diese Ermittlungen jetzt im Bereich des Strafprozesses genehmigt werden.[743]

Die ‚Organisierte Kriminalität' steht für einen polysemischen Diskurs. Begriffliche Elemente verketten sich miteinander und deren Signifikate verschieben sich zueinander. Die ‚Organisierte Kriminalität' strahlt in andere Begriffe hinein, die die diffuse Form der strafprozessualen Mittel begründen: Dass die ‚Organisierte Kriminalität' mit der ‚Ausländerkriminalität' in der Äquivalenzkette der Begriffe verknüpft wird, ruft die Idee der Außensicherheit, der Verteidigung und der geheimdienstlichen Mittel u.a. auf, weil ausländische Akteure daran teilnehmen, die gegen den Staat agieren wollen und die die rechtsstaatliche Sicherheit gefährden. Die ‚Organisierte Kriminalität' wird ebenfalls mit der ‚Gewaltkriminalität' begrifflich zusammengefügt. Die ‚Organisierte Kriminalität' wird ebenso zu einer ‚imminenten internationalen Gefahr für den Rechtsstaat' gemacht. Diese begriffliche Unbestimmtheit führt zur Notwendigkeit eines unbestimmten *grenzenlosen* Instrumentariums. Alle diese Signifikanten, die an die Äquivalenzkette der ‚Organisierten Kriminalität' anknüpfen, rufen die Ausnahme in den rechtlichen Mittel auf, und erweitern das Spektrum der möglichen Instrumente, die für die Verteidigung und Bekämpfung zur Verfügung stehen. Die Einschätzung über ‚Organisierte Kriminalität' ist sehr diffus und unbestimmt nach ‚Risikokriterien' definiert (Internationalität, Ausländerstatus, Kriminalitätsbereiche, Drogen, Zigaretten, Gewalt, Korruption etc.) und wird mit erweiterten Ermittlungs- und Bekämpfungsmitteln präventiv verfolgt. *Die ‚Organisierte Kriminalität' wird als diffuse Figur konstruiert und als feindliche Figur bekämpft.* So wird sie als ‚Gefährder' konstruiert, und das

---

[742] BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16459.

[743] Die Wahrheitsermittlung sei ein „außerordentlich hohes Verfassungsgut", das neben der Verhinderung von Straftaten der „Kernbestand unseres Rechtsstaatsprinzips" sei (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19541). Diese Wahrheitsermittlung, auch wenn sie ein Verfassungsgut ist, muss rechtsstaatliche Grenzen haben, die etwa durch das Gebot eines fairen Verfahrens gewährt werden können. Das Bundesverfassungsgericht stellt fest, dass dieses faire Verfahren durch Art. 13 Abs. 3 GG nicht beeinträchtigt werde (BVerfGE 109, 279, S. 324). Nach *Mozek* 2001: 122 ff. werde das Prinzip des fairen Verfahrens nicht respektiert. Im Strafprozess etwa darf niemand gezwungen werden, sich durch die eigene Aussage zu einer Straftat zu bezichtigen, und eine „derartige Einflussnahme auf das Gespräch fehlt in Bezug auf die heimlich erfolgende akustische Wohnraumüberwachung." (BVerfGE 109, 279, S. 324). Siehe auch *Mozek* 2001: 127 ff. Das Täuschungsverbot sei durch die Heimlichkeit der Maßnahme nicht beeinträchtigt (BVerfGE 109, 279, S. 324 f.).

Recht, das diese Figur konstruiert und verfolgt, bleibt nicht länger in der Sphäre des Straf- bzw. Strafprozessrechts, sondern wird zum ‚Gefährdungsrecht'. Das Ziel ist die Verhinderung von ‚Gefährdungen', um Sicherheit zu schaffen.

Die verfassungskonforme *Rechtsform* wird materialisiert und bewirkt dieses ‚Gefährdungsrecht'.

4.2.5. Rechtsform

4.2.5.1. Artikel 13 GG und die Grundrechte

Es war in den Diskussionen über die akustische Wohnraumüberwachung zwar immer klar, dass es bei einer Änderung des Grundgesetzes um eine Abwägung von Gütern und Grundrechten ging. Was unter einer solchen Abwägung zu verstehen war, wurde aber nicht immer einheitlich betrachtet. Es gab unter anderem keine Einigkeit darüber, wie sich die unterschiedlichen Grundrechte inhaltlich konstituieren. Diese Schwierigkeiten haben dazu geführt, dass Art. 79 Abs. 3 GG[744] nicht einheitlich ausgelegt wurde. Für die einen bedeutete der Art. 79 Abs. 3 GG das absolute Verbot von Änderungen, die das Risiko der Verletzung von Grundrechten in sich bergen. Für die anderen war Art. 79 Abs. 3 GG dagegen eine konkrete Klausel, die nur Änderungen verbietet, wenn sie Grundrechte gewissermaßen explizit abschaffen. Letztere Meinung vertritt das Bundesverfassungsgericht.[745] Die Kritiker argumentieren wie folgt:

> *„Damit aber Art. 79 Abs. 3 GG einer allmählichen Demontage der tragenden Grundpfeiler unserer Verfassung entgegenwirken kann, müssen Verfassungsänderungen beim Wort genommen und ihre eigenen Ermächtigungen des Gesetzgebers an den in Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätzen gemessen werden. Werden sie berührt, bietet Art. 79 Abs. 3 GG keinen Raum mehr für eine verfassungskonforme Auslegung, die der unzulässigen Änderung im Nachhinein zur Verfassungsmäßigkeit verhilft."*[746]

---

744 Es geht um die „Ewigkeitsklausel", die die Änderbarkeit des Grundgesetzes einschränkt. In Artikel 79 GG, Abs. (3) heißt es: „ Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig." Durch die Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung könnte der wichtige Grundsatz der Unantastbarkeit der Menschenwürde aus Art. 1 GG betroffen sein.

745 BVerfGE 109, 279, S. 316.

746 BVerfGE 109, 279, S. 390, Minderheitsvotum.

Man könnte annehmen, dass die Grundpfeiler der deutschen Verfassung im Laufe der Jahrzehnte erhalten geblieben sind. Diese Annahme ist meines Erachtens aber eine viel zu einfache Einschätzung des Problems.

Die Grundrechte von heute seien nicht die Grundrechte von gestern, erklärt der Gesetzgeber: „Wir haben es uns zu sehr angewöhnt – das ist ein bißchen die Denkweise des ausgehenden 19. Jahrhunderts –, die Grundrechte nur als Abwehrrechte gegen Übermaß des Staates zu verstehen.“[747] In dieser Feststellung liege der Unterschied zwischen einem demokratischen Rechtsstaat und einem totalitären Staat. „Aber wenn es darum geht, das Leben eines Menschen bei einer Geiselnahme zu retten, dann ist schon nach der geltenden Verfassung das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung minderen Ranges. Deshalb erlaubt sich der Staat dann, zugunsten des Lebens einer Geisel einzugreifen.“[748] Die *akustische Wohnraumüberwachung im Strafprozess* ist nicht einmal eine explizite Maßnahme der ‚Gefahrenabwehr‘. Sie wird allerdings als *äquivalent zur ‚Gefahrenabwehr‘* konstruiert. Bei der akustischen Wohnraumüberwachung geht es formell gerade nicht um die Rettung vor dringenden Gefahren für Freiheit, Leib oder Leben, sondern um ‚Strafverfolgung‘. Die begriffliche Verkettung von einer ‚Geiselnahme‘ mit der Ermittlung zur Beweisgewinnung im Strafprozess verhindert allerdings die diskursive Berücksichtigung eines ‚Beschuldigten‘ als Rechtssubjekt im Rechtsstaat. Die Verteidigung der ‚Geisel‘ so wie die Verteidigung des ‚Rechtsstaates‘ mit den dazu notwendigen Schutzmitteln gegen die ‚Organisierte Kriminalität‘ werden diskursiv äquivalent.

Heute haben die ‚Bürger‘, so der Gesetzgeber, mehr die Sorge – anders als im 19. Jahrhundert – „ein nicht mehr hinreichend starker Staat könne sie nicht mehr genügend vor Gangstern schützen. Das ist die Sorge der Bürger!“[749] Die Grundrechte, die auf dem Spiel stünden, seien demzufolge die Rechte der ‚Bürger‘, die auf keinen Fall mit den Rechten der „Gangster“ zu verwechseln seien. Die begriffliche Opposition ist bei diesen Äußerungen explizit vorhanden. Die ‚Bürger‘ von heute seien besorgt, durch den Staat nicht ausreichend geschützt zu werden, - und zwar konkret, „daß ihre Freiheit und ihr Eigentum [nicht] wirksam geschützt werden.“[750] Die Rechtssicherheit und der effektive Schutz vor Kriminalität seien zu den wichtigsten Grundrechten zu zählen.[751]

[747] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17685.
[748] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17686.
[749] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17695.
[750] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19532.
[751] „Das Grundrecht des einzelnen auf Schutz der räumlichen Privatsphäre besteht nicht absolut; es wird vielmehr relativiert durch das Grundrecht des einzelnen wie der Allgemeinheit auf Rechtssicherheit.“ Weiter heißt es: „Der Bürger hat einen Anspruch

Auch wenn das Bundesverfassungsgericht diese Einschätzung teilt, behauptet es, dass „der Schutzzweck der Grundrechtsnorm [Art. 13 GG] vereitelt [würde], wenn der Schutz vor einer Überwachung der Wohnung durch technische Hilfsmittel, auch wenn sie von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden, nicht von der Gewährleistung des Absatzes 1 umfasst wäre. Art. 13 Abs. 3 GG schafft demnach eine konstitutive Beschränkung des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG."[752] Falls die akustische Wohnraumüberwachung in den geschützten und unantastbaren Bereich der privaten Lebensgestaltung vordränge, sei sie nicht mehr zu gestatten.[753] Die eigentlich zwingende Folge dieser Annahmen, d.h. die Verfassungswidrigkeit der akustischen Wohnraumüberwachung zum Zweck der Strafverfolgung, wird jedoch vom Bundesverfassungsgericht nicht angenommen. Es formuliert Artikel 13 GG einfach um, um eine Verletzung zu vermeiden: Die von der Norm ursprünglich geschützte Privatsphäre verliert in der Umformulierung ihre physische und räumliche Basis. Die Unverletzlichkeit der Wohnung wird verhaltensabhängig gemacht.[754] Es bleibt zwar vom Gesetzgeber unerwähnt und auch in Art. 13 GG fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf die nunmehr etablierte „Verhaltensabhängigkeit". Ein solcher wird aber vom Bundesverfassungsgericht immerhin angemahnt: Die Einschränkungen der akustischen Wohnraumüberwachung für die Privatsphäre seien „in systematischer Interpretation unter Rückgriff auf andere Grundrechtsnormen, insbesondere Art.1 Abs.1 GG, und unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auszulegen."[755] Wenn eine Verfassungsänderung gegen Art. 79 verstoße, so das Bundesverfassungsgericht, könne sie dennoch unter Berücksichtigung aller anderen Grundrechte und durch eine adäquate Interpretation repariert werden.[756] Die Form des Gesetzes sowie die der Überprüfung zeigen einen Diskurs, der neugeschriebene Grundrechte und neue Aufgaben des Strafrechts materialisiert.

---

auf effektiven Schutz vor Kriminalität, insbesondere im Bereich der Schwerkriminalität." (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19540).

[752] BVerfGE 109, 279, S. 309.

[753] BVerfGE 109, 279, S. 318.

[754] BVerfGE 109, 279, S. 314.

[755] BVerfGE 109, 279, S. 316.

[756] Diese Methode des Bundesverfassungsgerichts wurde von der abweichenden Meinung im Urteil abgelehnt. „Bei der Frage, welche Grenzen einer Verfassungsänderung durch Art. 79 Abs. 3 GG gesetzt sind, geht es aber nicht um die Herstellung einer Konkordanz von bestehenden Grundrechtsnormen, sondern darum, ob die Änderung die in den Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt." (BVerfGE 109, 279, S. 386 f., abweichende Meinung). *Gusy* (2004: 461) erkennt an, dass das abweichende Votum „logisch und methodisch stringenter" ist als die Begründung der Mehrheit, die als Nachteil für die Entscheidung angesehen werden muss.

Die zu schützende *Privatsphäre* wird häufig als Freiraum der ‚Organisierten Kriminalität' dargestellt. Deshalb wird der Schutz, den Artikel 13 GG gewähren muss, relativiert. ‚Drogendealer' dürften z.B. nicht „unter Berufung auf eine sogenannte Privatsphäre"[757] in Wohnungen oder Hotelzimmern ungeschoren machen, was sie wollten. Natürlich habe der Staat „ab der Wohnungstür nichts mehr verloren".[758] Dennoch sei „der Kampf gegen die Kriminalität […] ein Kampf für die Freiheit des Menschen, für die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger und nichts anderes".[759] Die Freiheit der ‚Bürger' wird demzufolge dadurch geschützt, dass der ‚Organisierte Kriminalität' ihre Freiheit und Privatsphäre aberkannt würden. Ihre Wohnungen dürfen nicht „letzte Refugien" sein, wenn es „um Leben und Tod" gehe.[760] *Die ‚Bürger' und ihre Rechte präsentieren sich als oppositioneller Diskurs der ‚Organisierten Kriminalität'. Die Rechte für die einen bewirken die Abschaffung der Rechte für die anderen.*

Das Bundesverfassungsgericht sieht es anders, wenn es behauptet, dass die Privatwohnung immer noch „als ‚letztes Refugium' ein Mittel zur Wahrung der Menschenwürde"[761] sei. Diese Feststellung relativiert es allerdings gleich wieder, wenn es ausführt: „Dies verlangt zwar nicht einen absoluten Schutz der Räume der Privatwohnung, wohl aber absoluten Schutz des Verhaltens in diesen Räumen."[762] Ob bestimmte Räumlichkeiten beschützt werden oder nicht, „hängt von ihrer konkreten Nutzung ab",[763] d. h., dass nicht die Räumlichkeiten, sondern das Verhalten geschützt wird, solange dieses mit dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zu tun hat. Die ‚Privatsphäre' wird damit umkodiert.[764] Sie ist nicht mehr durch Art. 13 GG in ihrem Raum geschützt. Sie ist begrifflich und damit auch materiell umdefiniert worden. Sie wird verhaltensabhängig gemacht. Für die Ermittlung des Verhaltens in Bezug auf die ‚Organisierte Kriminalität' bedeutet diese Neuauslegung gewissermaßen eine Abschaffung dieses Grundrechts: Das *„Verhalten"* der ‚Organisierten Kriminalität' wird von Anfang an als abweichend eingestuft und steht unter

---

[757] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17683.
[758] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17699.
[759] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17700.
[760] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19549.
[761] BVerfGE 109, 279, S. 314.
[762] BVerfGE 109, 279, S. 314.
[763] BVerfGE 109, 279, S. 328.
[764] Siehe die Gegenmeinung der Minderheit, die immer noch die Privatwohnung als „Ort Mittel zur Wahrung der Menschenwürde" versteht (BVerfGE 109, 279, S. 383, Minderheitsvotum). Diese materielle Grenze sei damit vom Art. 3 Abs. 3 GG überschritten worden (BVerfGE 109, 279, S. 384, Minderheitsvotum). Zu überlegen ist, ob die materielle, physische Grenze überschritten, oder ob vielmehr die Grenze bzw. Bedeutung der Privatsphäre verschoben wird.

dem Verdacht der ‚Gefährlichkeit' für die Allgemeinheit. Das staatsfreie Verhalten, das zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört, ist in diesem diskursiven Sinnfeld der ‚Gefahren', ‚Gefährdungen' und ‚Bedrohungen' kaum vorstellbar. Die Umdeutung des Grundrechts in Art. 13 Abs. 3 GG lässt sich als Ausdruck einer Bekämpfungslogik erkennen, die die allgemeine Sicherheit der ‚Bürger' bezweckt und jegliche Risikosituationen auszuschalten verspricht. Eine solche Umdeutung ist durch die Autorität des Bundesverfassungsgerichts rechtsstaatlich legitimiert worden.[765] Es wird deutlich: „Wer formuliert, hat die Macht".[766]

Das Bundesverfassungsgericht suggeriert die Existenz tauglicher *Indikatoren zur Feststellung*, ob ein bestimmtes Verhalten geschützt wird oder nicht. Diese hängen aber grundsätzlich von der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten[767] und von den Personen ab, die sich in der Wohnung aufhalten.[768] Diese Indikatoren sind tatsächlich also extrem schwer zu bestimmen und zu erklären, und noch schwerer in die Umsetzung der Maßnahme zu übertragen.

> *„Ein Abhören von Privatwohnungen hat sich, selbst wenn es grundsätzlich zulässig ist, auf Gesprächssituationen zu beschränken, die mit Wahrscheinlichkeit strafverfahrensrelevante Inhalte umfassen. Gegebenenfalls ist durch geeignete Vorermittlungen, die den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung unberührt lassen, zu sichern, dass die akustische Wohnraumüberwachung auf verfahrensrelevante Vorgänge in der Wohnung begrenzt bleibt. Nicht etwa darf in den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen werden, um erst festzustellen, ob die Informationserhebung diesen Bereich betrifft."*[769]

Die Maßnahme muss sich nach dem Bundesverfassungsgericht auf verfahrensrelevante Vorgänge beschränken, wobei für die Feststellung der Verfahrensrelevanz jedoch alle Vorgänge abgehört werden müssen. Das Abhören darf demnach fortgesetzt werden, solange keine Situation eintritt, die dem unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen ist. In diesem

---

765 *Böckenförde* (2004: 603) spricht diesbezüglich von der Interpretationsmacht des Bundesverfassungsgerichts als die „Kompetenz der autoritativen und letztinstanzlichen Interpretation der Grundrechte".

766 Vgl. *Bauer-Kirsch* 2002.

767 BVerfGE 109, 279, S. 320/321.

768 BVerfGE 109, 279, S. 321. Sogar im Fall eines Gesprächs im engen Kreis der Familienangehörigen wird vom Inhalt abhängig gemacht, ob es geschützt werden soll oder nicht (vgl. BVerfGE 109, 279, S. 328/329). Kritisch zur Unbestimmtheit des Personenkreises, „deren Gespräche nicht mittels des ‚Großen Lauschangriffs' abgehört werden dürfen" siehe auch *Haas* 2004: 3083. Zu diesen „ungeschriebenen" Indikatoren siehe *Warntjen* 2007: 36 ff.

769 BVerfGE 109, 279, S. 323.

Fall „muss die Überwachung abgebrochen werden.“[770] Die Aufzeichnung ist zu vernichten und die bis dahin gewonnene Information darf nicht verwertet werden.[771] Die Schwierigkeiten dieser formelhaften Abgrenzung werden selbst von den Befürwortern der Maßnahme gesehen, die die unterschiedlichsten Wege gegangen sind, um durch diese Maßgaben zusammenzubringen, die Maßnahme einerseits nützlich anzuwenden und andererseits trotzdem die Menschenwürde und die Privatsphäre zu schützen.[772] Kritische Stimmen sind berechtigt, wenn sie etwa in Bezug auf den anordnenden Richter bemerken, dass von ihm „hellseherische Fähigkeiten abverlangt“ würden,[773] oder in Bezug auf den abhörenden Beamten fragen, „wie sollen die wissen, wann sie lauschen dürfen und wann nicht mehr?“[774] Es stellt sich tatsächlich die Frage, ab wann Beamte wieder mithören dürfen. Im Zweifel werden sie eher mehr als weniger mithören. Die Privatsphäre wird auf diese Weise nicht geschützt – die räumliche Privatsphäre ohnehin nicht, aber auch nicht das angeblich getrennt schützbare Verhalten. Dieser Schutz ist in der Praxis nicht zu erreichen. Diese Mängeln wird trotz dessen verbaler Ablehnung der „Rundumüberwachungen“[775] und der „automatische[n] Aufzeichnungen“[776] vom Bundesverfassungsgericht nicht abgeholfen.

Der Gesetzgeber hat seine Zweifel geäußert. Die Vermeidung einer Verletzung der Privatsphäre könne man „natürlich nur garantieren, wenn man quasi live mithört, um sich dann gegebenenfalls auszuschalten. Wir sehen, dass das in der Praxis zu Schwierigkeiten führen wird. Aber dies entspricht den Vorgaben des Gerichts und ist deshalb eins zu eins umzusetzen.“[777] Auch bei größter Mühe des Gesetzgebers, den Interpretationen und Forderungen des Bundesverfassungsgerichts zu folgen, erscheinen die Vermeidungsversuche realitätsfern und künstlich. Dies erscheint allerdings auch unmöglich, da – wie gesagt – schon das Urteil des Bundesverfassungsgerichts das Grundrecht auf

[770] BVerfGE 109, 279, S. 324.

[771] BVerfGE 109, 279, S. 324.

[772] Siehe z.B. E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 23, 25. Der Bundesrat schlägt für das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vor, dass beim Eintreten von Situationen, in denen der Kernbereich privater Lebensgestaltung verletzt werden könnte, die Abhörung – jedoch nicht die Aufzeichnung – zu beenden sei. Auf diese Weise verliere man keine Information, die nützlich für den Prozess sein könnte. Der Richter solle nachträglich die Aufzeichnung anhören und entscheiden, ob die Gespräche zu schützen oder nicht zu schützen seien. Siehe Gegenstellung der Bundesregierung E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533.

[773] BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14293.

[774] BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14294.

[775] BVerfGE 109, 279, S. 323.

[776] BVerfGE 109, 279, S. 323/324.

[777] BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14291.

Unverletzlichkeit der Wohnung und der Privatsphäre nicht ausreichend schützt. Die Behauptung mancher Abgeordneter, mit dem Urteil sei ein neues Grundrecht geschaffen worden,[778] erweist sich daher als streitig.[779]

Der *Menschenwürdegehalt* sei „nicht generell“[780] von der akustischen Wohnraumüberwachung zu Strafverfolgungszwecken verletzt.[781] Es sei allerdings möglich, dass die Art und Weise der Durchführung die Menschenwürde verletzen könne. Dieses Problem sei aber durch die einfachgesetzliche Regelung zu vermeiden und in den rechtlichen Vorkehrungen des Art. 13 GG behandelt. Die Ermächtigung des Art.13 Abs. 3 GG umfasse nur den Erlass von Normen, die diese Voraussetzung gewährleisteten.[782] So stellt das Bundesverfassungsgericht fest:

> *„Die Menschenwürde wird nicht schon dadurch verletzt, dass jemand zum Adressaten von Maßnahmen der Strafverfolgung wird, wohl aber dann, wenn durch die Art der ergriffenen Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird. […] Solche Maßnahmen dürfen auch nicht im Interesse der Effektivität der Strafrechtspflege und der Wahrheitsforschung vorgenommen werden.“*[783]

---

[778] „Das Bundesverfassungsgericht hat ein neues Grundrecht hinzugefügt, indem es gesagt hat: Auch die Würde des Menschen ist zusätzlich erheblich beeinträchtigt, wenn der Staat in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingreift.“ (BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16450, auch in der gleichen Gedankenlinie *ibid.*, S. 16451, 16453).

[779] Eine positive Weiterentwicklung bezüglich des Schutzes vor staatlicher Informationserhebung sehen allerdings auch *Gusy* 2004: 461 („erheblich fortentwickelt“); *Kutscha* 2005: 20 („erheblich ausgeweitet“); *Denninger* 2004a: 13, der das Urteil „groß“ findet, weil „es mit beispielhafter Konsequenz den auf den Menschenwürdesatz gestützten Leitgedanken des ‚absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung‘ und damit ein tragendes Element des freiheitlichen Rechtsstaates in allen Phasen strafprozessualer Informationsverarbeitung zur Geltung bringt.“. Kritisch mit denen, die ein „neues Grundrecht“ im Urteil sehen wollen, siehe *Leutheusser-Schnarrenberger* (2004: 99). Die Autorin hebt allerdings die Ausführlichkeit hervor, mit der das Gericht den Schutz des Kernbereichs konkret präzisiert habe. Solche systematische Grundrechtsdogmatik sei einmalig in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts (*ibid.*: 101).

[780] BVerfGE 109, 279, S. 311.

[781] Gegen diese Annahme wurde sich im Minderheitsvotum im Urteil radikal ablehnend geäußert: Die Senatsmehrheit habe mit ihren Regulierungen und Anpassungen von Art. 13 Abs. 3 GG gerade die Hürde des Art. 79 Abs. 3 GG geebnet und die Menschenwürde banalisiert. „Gerade das, was in der verfassungsändernden Norm gar nicht geschrieben steht, gereicht dieser damit zur Überwindung der Hürde des Art. 79 Abs. 3 GG.“ (BVerfGE 109, 279, S. 388, Minderheitsvotum).

[782] BVerfGE 109, 279, S. 311.

[783] BVerfGE 109, 279, S. 312 f.

Die Kernfrage der akustischen Wohnraumüberwachung besteht gerade darin, *ob* das heimliche Abhören des Lebens im Raum der Privatsphäre überhaupt verfassungskonform ist oder ob dieses Abhören die Privatsphäre und dadurch die Menschenwürde verletzt. Auch nach langen Diskussionen nach der verabschiedeten Verfassungsänderung, nach Erlass des Gesetzes und sogar nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts bleibt diese Frage offen: „Die Frage der Unantastbarkeit des Kernbereichs [ist] ein echtes Problem“, stellte der Gesetzgeber fest,[784] bevor er die einfache Regulierung dieser Maßnahme zum zweiten Mal verabschiedete. Das Bundesverfassungsgericht hat nicht deutlich genug gesprochen: Einerseits wird die Verfassungsänderung zur akustischen Wohnraumüberwachung genehmigt. Andererseits wurde die Entscheidung folgendermaßen vom Gesetzgeber interpretiert: „Der Kern der Karlsruher Entscheidung […] besteht darin, dass in die Privat- und Intimsphäre nicht eingegriffen werden darf.“ [785] Wenn aber die Unantastbarkeit der Privatsphäre „ein echtes Problem“ ist und in die Privatsphäre nicht „eingegriffen werden darf“, wie kann die akustische Wohnraumüberwachung als verfassungskonform verstanden werden?

Das Bundesverfassungsgericht hatte die Verfassungsänderung und damit die Grundidee der Novellierung abgesegnet, für den Fall, dass diese Maßnahmen die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich nicht in Frage[786] stellt. Um diese Verletzung zu vermeiden, hat das Bundesverfassungsgericht neue Schranken für das einfache Gesetz eingeführt. Das Bundesverfassungsgericht hat die Privatsphäre und somit die Menschenwürde in ein eingeschränktes Kontrollraster gefasst (Indikatoren). Somit zeigt sich, dass es dem Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung eigentlich gar nicht um das *Ob* der Maßnahme ging, sondern lediglich um das *Wie*.

Die Form der Überprüfung hat einen neuen Diskurs über die strafprozessualen Mittel materialisiert. Die beeinträchtigten Grundrechte sind durch das Bundesverfassungsgericht umkodiert worden. Das Strafrecht erweitert sich diskursiv und verliert dabei an Definition: Die ‚Privatsphäre‘ hat sich verändert und ist verhaltensabhängig geworden. Die ‚Menschenwürde‘, die in die ‚Privatsphäre‘ unmittelbar diskursiv eingebunden ist, ist dadurch auch verhaltensabhängig geworden. Das Bundesverfassungsgericht hat neue Befugnisse geschaffen und den Behörden Richtlinien gesetzt. Rechtsstaatliche Aufgaben haben einen Umdeutungsprozess erfahren und sind *in eine Rechtsform eingeschrieben worden*, die die *wahren Aussagen* des Bundesverfassungsgerichts materialisiert.

---

784 BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16447.

785 BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16447.

786 BVerfGE 109, 279, S. 312/313.

Der ‚Verbrecher' als Rechtssubjekt ist in einen neuen Kontext gestellt worden. Die Figur ‚Organisierte Kriminalität' ist sogar zur Basis dieses Diskurses geworden, der durch den autorisierten Sprecher nicht nur Gesetze, sondern auch die Verfassung neu schreibt.

4.2.5.2. Die Verfassungsänderung

Durch alle Einschränkungen und Voraussetzungen sei im Grundgesetz gesichert worden, dass die Möglichkeit der akustischen Wohnraumüberwachung „nur in engen rechtsstaatlichen Grenzen gezielt gegen die Schwerstkriminalität eingesetzt wird."[787] Die Details und Komplikationen des Verfahrens, die im Grundgesetz angekündigt und in der gesetzlichen Regelung beschrieben wurden, sollen dafür sorgen, dass die Grundrechte geschützt werden. Die Zweifel an diesen Ergebnissen sind allerdings unübersehbar.

> *„Unter Rechtsstaatsgesichtspunkten ist das Verfahren, das wir vereinbart haben, sehr detailliert und sehr kompliziert. Aber die Vorschrift soll ja – hier sind wir schon sehr nahe an die Grenze gegangen – auch noch praktisch wirken. Wir können und dürfen deshalb das Verfahren nicht noch weiter verkomplizieren. Wer dies als angebliches Rechtsstaatsgebot fordert, will letztlich die Vorschrift als solche ins Leere laufen lassen."*[788]

Man beklagt sich darüber, dass in der Verfassung alles viel zu kompliziert geworden sei. Sogar „verfassungssystematisch und verfassungsästhetisch"[789] sei die Lösung längst nicht die beste. Dies sei aber der einzige Weg, um die Grundrechte zu sichern und die Änderung durchsetzen zu können. Diese Details in der Verfassung wurden durch die Forderungen des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber erhöht, der die Vorkehrungen in der einfachen gesetzlichen Regelung der Maßnahme detaillierter ausarbeiten sollte.

Im Gegensatz zu seiner Meinung hinsichtlich der Verfassungsänderung, findet das Gericht, dass die einfache Regelung zu einseitig in den Voraussetzungen für den Schutz der Grundrechte sei: „Erforderlich sind dementsprechend gesetzliche Regelungen, die unter Beachtung des Grundsatzes der Normenklarheit sicherstellen, dass die Art und Weise der akustischen Wohn-

[787] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17679; im ähnlichen Sinne BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19533.
[788] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17682.
[789] BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17682.

raumüberwachung nicht zu einer Verletzung der Menschenwürde führt.“[790] Diese detaillierte Regulierung sei für das Gericht notwendig, um die Voraussetzungen nach Art. 13 Abs. 3 GG richtig zu erfüllen und „Risiken“ zu vermeiden. Auf die ganze parlamentarische Diskussion, die dazu führt, dass entweder die Maßnahme rechtsstaatlich angemessen ist, aber nichts nützt, oder dass sie nützt, aber rechtsstaatlich unangemessen ist,[791] geht das Bundesverfassungsgericht nicht ein.[792] So stellt das Gericht fest:

> *„Das mit der akustischen Wohnraumüberwachung verbundene Risiko des Eingriffs in den Kernbereich privater Lebensgestaltung kann verfassungsrechtlich nur hingenommen werden, wenn Vorkehrungen dagegen bestehen, dass keine weiteren Folgen aus ausnahmsweise erfolgten Verletzungen entstehen.“*[793]

Das Bundesverfassungsgericht sieht das Risiko einer Verletzung der Menschenwürde[794] und versucht dieses Risiko durch ein einfaches Gesetz zu vermeiden. Es bezeichnet die Verletzungen, die durch die riskante Maßnahme verursacht werden könnten, als „ausnahmsweise erfolgte“ Verletzungen. Diese Annahme lässt sich nicht ohne Weiteres bestätigen. Wenn etwas ein ‚Risiko‘ bildet, dann ist die Konkretisierung dieses ‚Risikos‘ in einem Schaden keine unerwartete Folge und noch viel weniger eine Ausnahme.[795] Das Gericht deutet auch an, dass die Verletzung der Menschenwürde nur als Fehler bzw. als

---

790 BVerfGE 109, 279, S. 318/319.

791 Es wird in der Diskussion immer wieder erwähnt, dass nur die Einwände der SPD eine Konkretisierung im Grundgesetz bewirkt hätten, sonst hätte die SPD der gesetzlichen Regelung nicht zugestimmt. Siehe dazu z. B. BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17682; auch BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14294.

792 Siehe auch *Denninger* (2004a: 17): „Verfassungskonforme Verfassungsauslegung ist eine Sache, rechtsstaatlich einwandfreie und doch erfolgreiche Strafverfolgung eine andere.“ Kritisch über die komplizierten Vorkehrungen, die die Effektivität der Maßnahme in Frage stellen, siehe *Weßlau* 2004.

793 BVerfGE 109, 279, S. 331. Siehe im ähnlichen Sinne BVerfGE 109, 279, S. 328. Das Gericht betont an dieser Stelle erneut, dass durch die von ihm festgestellten Sicherungen und Indikatoren die Menschenwürde geschützt sei, wenn das Gericht eine unabhängige Anordnungs- und Bewertungsstelle (BVerfGE 109, 279, S. 334), den detaillierten Schutz Dritter (BVerfGE 109, 279, S. 355 ff.), die Höchstdauer der Maßnahme (BVerfGE 109, 279, S. 362), die Benachrichtigung der Maßnahme (BVerfGE 109, 279, S. 363 ff.) verlangt.

794 Vgl. auch BVerfGE 109, 279, S. 353 bezüglich des Risikos, nicht Verdächtige abzuhören.

795 In der letzten parlamentarischen Beratung wird die logische Gefahr, in Bezug auf diese Maßnahme erneut betont. Siehe BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16446 ff. Siehe kritisch dazu *Leutheusser-Schnarrenberger* (2005: 3), die versteht, dass nach der Zulassung des Abhörens „von einer *unerwarteten* Kernbereichsverletzung nicht mehr gesprochen werden“ kann.

unerwarteter Umstand zu verstehen ist. Vielmehr scheint m. E. die Maßnahme – so wie sie im Grundgesetz verankert wurde – den Eingriff in den persönlichsten Kernbereich privater Lebensgestaltung vorzusehen und damit die Verletzung der Menschenwürde *erwartbar* zu machen. Im Urteil werden die Überlegungen allerdings auf die detaillierten Vorkehrungen konzentriert,[796] wenn etwa gesagt wird, dass die Zuordnung eines Sachverhalts zum unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung oder zum Sozialbereich nicht „danach vorgenommen werden [kann], ob eine soziale Bedeutung oder Beziehung überhaupt besteht, entscheidend ist vielmehr, welcher Art und wie intensiv sie im konkreten Fall ist".[797] Wie private bzw. soziale Beziehungen nach Art und Intensität zu bewerten sind, bleibt – trotz mehrerer Indikatoren[798] – unbestimmt.

Auch die Abgeordneten, die vom Urteil „enttäuscht" sind, weil dadurch die ‚Sicherheit' der Bevölkerung nicht genügend beachtet wird, deuten an, dass das Urteil innerlich widersprüchlich erscheint: „Es wäre geradezu grotesk, anzunehmen, dass das Verfassungsgericht nur eine leere Hülle übrig lässt, also ein Instrument im Grundgesetz belassen wollte, das gar nicht mehr handhabbar ist. Die Entscheidung des Verfassungsgebers und ihre prinzipielle Bestätigung durch das Verfassungsgericht sollten wir als Abgeordnete des Deutschen Bundestages selbst ernst nehmen."[799] *Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ernst zu nehmen, bedeute in diesem Fall, die akustische Wohnraumüberwachung handhabbar zu machen, d. h., den komplizierten Vorkehrungen des Gerichts nicht zu folgen, weil sie zur Nichtpraktikabilität der Maßnahme führen und damit der Legitimität der Verfassungsänderung widersprechen würden.* Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts *in totum* zu folgen, erscheint unter diesen Umständen unmöglich. *Entweder* wird die ‚Privatsphäre' respektiert, wie das Gericht durch das scheinbar neue Grundrecht erfordert *oder* die akustische Wohnraumüberwachung wird durchgeführt. Beide Möglichkeiten sind miteinander inkompatibel.[800] Das Ur-

---

[796] Die präsentierte Kritik, dass das Gericht durch Regulierungen die erwartbare Verletzung der Grundrechte vermeiden will, weil der Art. 13 Abs. 3 GG diese Vermeidung nicht ermöglicht, wird auch von der abweichenden Meinung des Gerichts geteilt. „Eingrenzungen, die sicherstellen könnten, dass bei Einsatz dieses Ermittlungsinstrumentariums der unantastbare Kernbereich privater Lebensgestaltung geschützt bleibt, enthält Art. 13 Abs. 3 GG seinem Wortlaut nach jedoch nicht." (BVerfGE 109, 279, S. 384, Minderheitsvotum).

[797] BVerfGE 109, 279, S. 319.

[798] BVerfGE 109, 279, S. 319, 320. Vgl. auch *ibid.*, S. 353, bezogen auf die Betroffenheit nicht Verdächtiger.

[799] BT-Sitzung 15/175 v. 12.05.2005, S. 16456.

[800] So auch *Haas* (2004: 3083): „infolge des Urteils des BVerfG der Anwendungsbereich des so genannten ‚Großen Lauschangriffs' gegen ‚Null' tendiert.".

teil wird akzeptiert und in das neue Gesetz zur Umsetzung des Urteils eingeschrieben. Die wahren Aussagen des Bundesverfassungsgerichts sprechen Strafprozessrecht aus und fixieren seine Bedeutung. Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Form ein Stück rechtsstaatliches Verfahren bestimmt, ein Stück Verfassung geschrieben und einen Strafrechtsdiskurs geschaffen. Dieser Diskurs materialisiert durch die Rechtsform gültige Wahrheit und Wirklichkeit im Bereich des Strafprozesses. Die Gültigkeit dieses Rechts hat allerdings eine neue Bedeutung für das Strafrecht, und für die von ihm betroffenen Körper. Die Rechtsform modelliert in diesem Diskurs die Lebensform.[801]

Ein zweiter Aspekt der einfachen Regulierung nach Art. 13 Abs. 3 GG, der auch vom Bundesverfassungsgericht *unsichtbar* umgeschrieben wird, ist der Inhalt der im Grundgesetz und im Gesetz vorgesehenen Delikte, die Anlass für eine akustische Wohnraumüberwachung sein könnten. Im Urteil wird zwischen dem verfassungsändernden Gesetzgeber und dem einfachen Gesetzgeber unterschieden. Formell und diskursiv sind sie zwei Akteure. Ihre Novellierungen fließen in Vorschriften mit unterschiedlichem Rang. Im vorliegenden Fall hat diese Differenzierung allerdings etwas Besonderes, weil bekannterweise dieselben Parlamentarier in derselben Sitzung die Verfassungsänderung und die Gesetzesänderung verabschiedet haben.[802] Es ist daher etwas realitätsfern zu behaupten, dass die Ziele des verfassungsändernden Gesetzgebers anders sind als die Ziele des einfachen Gesetzgebers. Der verfassungsändernde Gesetzgeber setzt „besonders schwere Straftaten“ in Art. 13 Abs. 3 GG voraus, um die Umsetzung der ‚akustischen Wohnraumüberwachung als Ermittlungsmittel zu genehmigen. Dieser Begriff sei nach dem Bundesverfassungsgericht nicht gleichzusetzen mit dem strafprozessualen Begriff „Straftat von erheblicher Bedeutung“.[803] Diese Trennung, die vom verfassungsändernden Gesetzgeber nicht umgesetzt wurde, wurde dennoch vom Bundesverfassungsgericht bei seiner Auslegung der Novellierung festgestellt.

> *„Die von Art. 13 Abs. 3 GG vorausgesetzten ‚besonders schweren Straftaten‘ müssen den mittleren Kriminalitätsbereich deutlich übersteigen. Es würde dem Sinn und Zweck des Art. 13 Abs. 3 GG nicht entsprechen, die akustische Wohnraumüberwachung nur von Voraussetzungen abhängig zu machen, die für die Ermittlungsmaßnahmen geringerer Eingriffstiefe vorgesehen sind.“*[804]

[801] Zum Konzept von „Geltung ohne Bedeutung“ siehe *Agamben* 2002: 60 ff. Siehe auch *infra* FN 1054 und Haupttext.

[802] Bundestag, 214. Sitzung der 13. Wahlperiode vom 16. Januar 1998 (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998).

[803] BVerfGE 109, 279, S. 344.

[804] BVerfGE 109, 279, S. 344.

Der *Sinn und Zweck des Art. 13 Abs. 3 GG* wird vom Bundesverfassungsgericht in einer Weise gelesen, die ausdrücklich der Annahme des einfachen Gesetzgebers widerspricht. Die Regulierung, so wie sie vom einfachen Gesetzgeber vorgesehen wurde, ermöglicht die Anwendung der akustischen Wohnraumüberwachung in Fällen, die nach dem Bundesverfassungsgericht nicht als besonders schwere Straftaten angesehen werden dürfen,[805] d. h., dass der einfache Gesetzgeber „lockerer" mit der akustischen Wohnraumüberwachung umgegangen ist und sie in ausgedehnter Form genehmigen wollte. Trifft diese Aussage zu, würde dies bedeuten, dass sich der einfache Gesetzgeber einen anderen *Sinn und Zweck der akustischen Wohnraumüberwachung* vorgestellt hatte, als nach dem *Sinn und Zweck* von Art. 13 Abs. 3 GG. Das, was der einfache Gesetzgeber ermöglichen wollte, sei nach dem Bundesverfassungsgericht verfassungswidrig,[806] gerade weil es dem Sinn und Zweck des Art. 13 GG nicht entspräche. Der *Verfassungsgesetzgeber* und der *einfache Gesetzgeber* sind bei der Verabschiedung der Verfassungsänderung und bei der Novellierung der Strafprozessordnung *dieselben und gleichen Personen gewesen* und *haben in derselben und dergleichen Sitzung beraten*. Deswegen ist es tatsächlich unmöglich, dass der Verfassungsgesetzgeber dem Art. 13 Abs. 3 GG einen Sinn und Zweck verleiht, und zugleich der einfache Gesetzgeber die Strafprozessordnungsnovellierung bzw. die Regulierung des Art. 13 Abs. 3 GG mit einem anderen Sinn und mit einem anderen Zweck verabschiedet.

Auch wenn formell beide Akteure zu unterscheiden sind, werden ihre Diskurse im Rahmen desselben Kontextes materialisiert. ‚Organisierte Kriminalität' ist für den einen und den anderen Gesetzgeber dieselbe Figur, die die ‚allgemeine Sicherheit' in derselben Form gefährdet. Und ihre ‚Bekämpfung' ist auch Teil desselben Diskurses. Beide bewegen sich grundsätzlich im Diskurs des ‚Strafrechts'. Die institutionelle Unterscheidung verliert sodann an Bedeutung, da sie *materiell* kaum Platz findet: der *Ort* des Diskurses ist das Parlament und seine Gesetzgeber; die *Einschreibung* des Diskurses ist in beiden Fällen einerseits mündlich in den parlamentarischen Diskussionen zu finden, und andererseits schriftlich den entsprechenden Entwürfen und novellierten Gesetzes- und Verfassungstexten zu entnehmen, die ihren rechtspolitischen Charakter teilen. Die *Grenzen* des ‚Strafrechtsdiskurses' – die sich oft zu Äquivalenzketten wandeln – sind für beide Gesetzgeber identisch (‚Gefahrenabwehr', ‚Außensicherheit', ‚Bekämpfung' etc.). Schließlich ist das *Archiv* des Diskurses des Strafrechts im Bereich der ‚Organisierten Kriminalität' identisch für den Verfassungs- und für den einfachen Gesetzgeber: Bei der ‚Organisierten Kriminalität' gehören zum *Archiv* des Diskurses Signifikaten, die die extreme Polysemie der

[805] BVerfGE 109, 279, S. 343.
[806] BVerfGE 109, 279, S. 350.

‚Organisierten Kriminalität' zeigen (‚Gewalt', ‚Ausländer', ‚Terrorismus', ‚Hintermänner', ‚Schreibtischkriminalität', ‚Nichtbürger', ‚Gefahr' etc.); beim ‚Strafrecht' gehören zum Archiv diejenigen Signifikanten, die in die Äquivalenzkette des Strafrechtsdiskurses eingebunden sind (einerseits ‚strafprozessuale Garantien', ‚Verbrecher', ‚Bürger', ‚Rechtsstaat'; andererseits ‚Sicherheit', ‚Gefahrenabwehr', ‚Schutzaufgabe' etc.). Beide *Archive* werden von beiden Gesetzgebern geteilt. *Diese diskursiven Gefüge modellieren denselben Diskurs des ‚Gefährdungsrechts', der vom Verfassungsgesetzgeber und vom einfachen Gesetzgeber simultan generiert wird.*

Diese Ansicht wird vom Bundesverfassungsgericht allerdings nicht in dieser Form vertreten. Das Gericht deutet vielmehr ein gewisses schizophrenes Verhalten bei den Gesetzgebern an. Diese gesetzgeberische Schizophrenie wird vom Bundesverfassungsgericht zugleich relativiert.[807] Im Urteil wird die Verfassungsänderung gerettet und verfassungsrechtlich angepasst. Dabei wird – „kompensatorisch"[808] – die einfache Regulierung verteufelt und stückweise verfassungskonform wiederhergestellt,[809] wenn das Gericht, um nur besonders schwere Straftaten als Ziel der Maßnahme zu berücksichtigen, feststellt, dass von der besonderen Schwere einer Straftat im Sinne des Art. 13 Abs. 3 GG nur auszugehen ist, „wenn sie der Gesetzgeber jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitsstrafe bewehrt hat."[810] Dass diese Interpretation nicht den Zwecken des Gesetzgebers entspricht (weder den Zwecken des einfachen noch den des verfassungsändernden Gesetzgebers, wie das Bundesverfassungsgericht vermutet), wird dadurch bestätigt, dass bei den Entwürfen und Beratungen des Gesetzes für die Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vorgeschlagen wird, den bestehenden Strafrahmen von 5 auf 10 Jahre zu erhöhen, um die Maßnahme nach den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts anwenden zu dürfen.[811]

---

807 „Das Erfordernis, dass der intensive Eingriff in das Grundrecht des Art.13 Abs.1 GG nur bei einer besonderen Schwere der Straftat gerechtfertigt ist, hat der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien zwar erkannt (…), aber nicht in stimmiger Weise umgesetzt." (BVerfGE 109, 279, S. 343).

808 BVerfGE 109, 279, S. 389, Minderheitsvotum.

809 Siehe in diese Richtung die scharfe Kritik der Senatsminderheit, die in dieser von der Senatsmehrheit vorgenommenen gesetzgeberischen Aufgabe eine Überschreitung der Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts sowie eine seltsame komische Weise für die Überprüfung der Verfassungskonformität erkennt: eine forcierte verfassungsrechtliche Anpassung der Änderung des Art. 13 Abs. 3 GG und zugleich eine rigorose Überprüfung der einfachen Gesetzgebung, die der *neuen* – nicht geschriebenen – Fassung des Art. 13 Abs. 3 GG nicht entspricht und dementsprechend als verfassungswidrig erklärt wird (BVerfGE 109, 279, S. 389, Minderheitsvotum).

810 BVerfGE 109, 279, S. 347 f.

811 E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 22 (Siehe auch die Gegenstellung auf *ibid.*, S. 27). Diese Erhöhung des Strafrahmens, die als Beweis für die ursprüngliche Idee des

Ferner akzeptiert das Bundesverfassungsgericht, dass die Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung zum Zweck der Strafverfolgung die ‚Bekämpfung' der ‚Organisierten Kriminalität' als Hintergrund und Anlass habe. Dass der einfache Gesetzgeber eigentlich viele andere Delikte in den Straftatenkatalog einschreibt, die mit der unbestimmten ‚Organisierten Kriminalität' nur kaum oder gar nicht verbunden sind, wird vom Gericht – wenn auch unter Vorbehalt – akzeptiert.[812] Diese Situation ist ein Hinweis, dass *beide* Gesetzgeber nicht nur an die ‚Organisierte Kriminalität', sondern auch an andere Bereiche der Kriminalität gedacht haben und *beide* Gesetzgeber die ‚Organisierte Kriminalität' als einen unbestimmten Adressaten der Maßnahme vorgesehen haben. Dieser Aspekt wird vom Bundesverfassungsgericht nicht evaluiert.[813] Das Gericht nimmt vielmehr alle Begründungen an, fügt sie zusammen, sodass die ‚Organisierte Kriminalität' tatsächlich wie eine ‚erhebliche Gefahr', die es zu bekämpfen gilt, aussieht.[814] *Die ‚Organisierte Kriminalität' gefährdet die allgemeine Sicherheit. Es besteht kaum eine Bindung zu einem individuellen ‚Verbrecher'. Die ‚Organisierte Kriminalität' lässt sich nicht einmal als ein ‚Feind' aus Fleisch und Blut denken. Sie ist vielmehr ein Konstrukt, diffus, gefährlich und hoch riskant zugleich; es ist notwendig, diesen ‚Feind' auszuschalten. Die Einschränkung der Rechte mag kein Hindernis sein, da es auch kein Rechtssubjekt mehr gibt. Die ‚Organisierte Kriminalität' wird als ‚Gefährder' konstruiert.* Das Recht, das die akustische Wohnraumüberwachung für die Beweismittelgewinnung genehmigt, ist eine Äußerung des ‚Gefährdungsrechts'.

Gesetzgebers bei der Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung erwähnt wird, wird im Schrifttum dagegen kritisch interpretiert (vgl. *Hirsch* 2004: 88 ff.; *Arnold* 2005: 4). Der Gesetzgeber wollte schon immer möglichst viele Delikte in den Tatenkatalog der akustischen Wohnraumüberwachung („Risikoraster der Organisierten Kriminalität') einführen. Wenn diese Absicht bereits im Urteil des Bundesverfassungsgerichts anerkannt gewesen wäre, hätte nicht nur die einfache Novellierung, sondern auch die Verfassungsänderung die Prüfung der Verhältnismäßigkeit nicht bestanden. Dies war aber nicht der Fall. Deshalb ist nachzuvollziehen, dass oft die (eigentlich konsequuente) Beharrung des Gesetzgebers, möglichst viele Delikte in den Tatenkatalog aufzunehmen, kritisch betrachtet wird. Wenn das Bundesverfassungsgericht die Absichten des Gesetzgebers nicht scharf genug gestoppt hat, sollten sich eigentlich die Kritiken an ihn richten. Dafür ist es aber schon zu spät. Das Urteil wurde damals prinzipiell gelobt.

[812] BVerfGE 109, 279, S. 346 f.

[813] Dass der Gesetzgeber von Anfang an Tatbestände in die Liste stellt, die mit der ‚Organisierten Kriminalität' nichts zu tun haben, wird auch von *Mozek* (2001) bemerkt, der „an der Ernsthaftigkeit der Intention des Gesetzgebers" (S. 74) zweifelt und die „Bekämpfung der Organisierten Kriminalität lediglich als Vorwand" sieht (S. 75).

[814] BVerfGE 109, 279, S. 345.

Der Gesetzgeber greift die Forderungen des Bundesverfassungsgerichts für die Regulierung der akustischen Wohnraumüberwachung auf und macht sie zum „Leitgedanken“[815] ihrer Novellierung. Manchmal folgt sogar der einfache Gesetzgeber worttreu dem Bundesverfassungsgericht.[816] Den Vorkehrungen, die das Bundesverfassungsgericht formuliert hat, wird also überwiegend gefolgt, was längst nicht bedeutet, dass die ‚Menschenwürde‘ und ‚Privatsphäre‘ von der neuen Regelung tatsächlich geschützt werden.[817] Trotz der langen parlamentarischen Diskussionen im Jahr 1998, trotz des detaillierten Bundesverfassungsgerichtsurteils im Jahr 2004 und trotz intensiver Beratungen zwischen 2004 und 2005 bleibt die inhaltliche Kernfrage der akustischen Wohnraumüberwachung gravierend offen: Die ‚Menschenwürde‘, der ‚Kernbereich der persönlichen Lebensgestaltung‘ wird durch die Maßnahme stets als gefährdet angesehen. Dieses Problem ist durch unzählige Vorkehrungen nicht zu vermeiden.[818] Das Gesetz sei jetzt allerdings verfassungskonform und rechtsstaatlich verankert. Diese Vorstellung basiert allerdings nur darauf, dass das

---

[815] E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 1. Die vom Gericht geforderten Vorkehrungen zum Schutz des privatesten Bereichs der persönlichen Lebensgestaltung seien vom Gesetz „durch eine Stärkung des Richtervorbehalts, detaillierte datenschutzrechtliche Regelungen, Benachrichtigungspflichten und die Ermöglichung nachträglichen Rechtsschutzes für alle von einer solchen Maßnahme Betroffenen abgesichert.“ (E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 1/2). Darüber hinaus wurde auch „der Katalog der Anlasstaten auf solche Straftatbestände reduziert, die das Bundesverfassungsgericht als besonders schwer im Sinne von Artikel 13 Abs. 3 GG angesehen hat.“ (E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 2).

[816] Vgl. etwa E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 5, 6, 11, 12.

[817] Vgl. die neuen Regelungen in Bezug auf die Personen, die „in der Regel“ überwacht werden können. In den Formulierungen lassen sich die ausführlichen Formen des Bundesverfassungsgerichts erkennen (E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 13, 14). Vgl. auch bezüglich der Unterbrechung der Maßnahme, wenn der Kernbereich privater Lebensgestaltung „berührt“ wird (E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 14, 15, 17, 18). Der Gesetzgeber von 2005 erkennt, dass das Gericht jenseits der *Ob*-Frage, d. h. jenseits der Frage danach, *ob* die Verfassungsänderung und die neue strafprozessuale Maßnahme überhaupt verfassungskonform sind, sich eher für die *Wie*-Frage interessiert, d. h. für die Frage danach, *wie* die verabschiedete Maßnahme verfassungskonformen Maßstäben entsprechen kann. Nach dem Gesetzgeber wurden im Urteil „dezidierte Vorgaben dafür gemacht, wie die unterverfassungsrechtliche Ausgestaltung der Wohnraumüberwachung in der Strafprozessordnung letzten Endes aussehen soll.“ (BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14296 f.).

[818] „Anknüpfungspunkt ist stets die Gefährdung der Menschenwürde betroffener Personen. Aufgrund des Umstands, dass der Schutzbereich der Menschenwürde nach ständiger Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts stets vom Eingriff her und ‚nur in Ansehung des konkreten Falles‘ (BVerfGE 30, 1, 25) definiert werden kann, muss es der Rechtssprechung vorbehalten bleiben, die Betroffenheit des Kernbereichs im Einzelfall festzustellen.“ (E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 14).

Gesetz im Großen und Ganzen den Forderungen des Bundesverfassungsgerichts folgt, d. h. dass das Gesetz sich an den formellen Bedingungen der höchsten diskursiven Machtinstanz des Strafrechtsdiskurses – des Bundesverfassungsgerichtes – angepasst hat.[819] Die Position des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der Verfassung und *Sprecher des Strafrechts* verleiht dem Diskurs einen Wahrheitsanspruch. Die Form der Überprüfung, die das Bundesverfassungsgericht durchgeführt hat, benötigt allerdings eine genauere Untersuchung, um die Bedeutung dieser Formel sichtbar zu machen.

4.2.5.3. Die Form der Verhältnismäßigkeitsüberprüfung

Die erste Frage bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der durch die akustische Wohnraumüberwachung eingeführten Grundrechtseinschränkung ist für das Bundesverfassungsgericht, ob die Zwecke der Maßnahme überhaupt vertretbar, also legitim sind. Inwiefern die ‚Bekämpfung' der ‚Organisierten Kriminalität' ein *legitimer Zweck* ist, wurde trotz der ständig erwähnten Zweifel über den Inhalt der ‚Organisierten Kriminalität' vom Bundesverfassungsgericht positiv beantwortet.[820] Die Ebene der Mittel überprüft, inwiefern die ausgewählten Mittel für die Erreichung dieser Zwecke geeignet, erforderlich *und* angemessen sind,[821] d. h. inwiefern die akustische Wohnraumüberwachung ein gerechtes Mittel ist, um die ‚Organisierte Kriminalität' zu ‚bekämp-

[819] „Das Gericht hat uns gesagt, dass wir hier Vorkehrungen treffen müssen. Ich meine, von diesem Leitgedanken haben wir uns in dem Gesetzentwurf stringent leiten lassen. Wir haben diesen Gedanken präzise und rechtsstaatlich umgesetzt. Das heißt, es muss eine Prognose erstellt werden, möglicherweise muss das Gerät abgeschaltet werden und man muss mit den Erkenntnissen, die man dabei gewonnen hat, in einer bestimmten rechtstaatlichen Weise umgehen." (BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14296). Die Vorkehrungen sind praktisch unmöglich umzusetzen. Hier sollte man also sich fragen, was es eigentlich bedeutet, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts „rechtsstaatlich" umzusetzen. Und was heißt konkret, dass mit den gewonnenen Erkenntnissen „in einer bestimmten rechtstaatlichen Weise" umgegangen wird. Diese Äußerungen haben grundsätzlich ein formelles, nicht aber ein praxisorientiertes Ziel.

[820] BVerfGE 109, 279, S. 335/336. Siehe dagegen unten im *Exkurs* die Analyse beim Urteil über die Online-Durchsuchung.

[821] Diese Konzepte als Inhalt der Überprüfung werden vom Bundesverfassungsgericht seit 1971 angewendet (BVerfG 30, 292 f.). Zu betonen ist, dass sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Verhältnismäßigkeit in dieser Form aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt. Vgl. *C. Müller* 2003: 42, die sich auf die entsprechenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts bezieht: BVerfG 19, 342, 348 f.; 23, 127, 133; 25, 382, 400; 38, 348, 368; 39, 156, 165; 43, 101, 106; 51, 324, 346; 52, 1, 29; 53, 135, 143 f.; 54, 301, 313; 55, 249, 258; 56, 298, 315; 57, 9, 315. Ausführlich über die Verhältnismäßigkeit bei der Durchsuchungsmaßnahmen siehe *C. Müller* 2003: 37 ff.

fen'. Bezüglich der *Eignung* hat das Bundesverfassungsgericht folgende Vorgaben angemerkt:

> *„Ein Gesetz ist zur Zweckerreichung geeignet, wenn mit seiner Hilfe der erstrebte Erfolg gefördert werden kann. Bei der Beurteilung der Eignung des gewählten Mittels sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Prognose und Einschätzung der der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Spielraum zu (vgl. BVerfGE 77, 84 [106]; 90, 145 [173]). Im Einzelnen wird die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter beeinflusst (vgl. BVerfGE 50, 290 [332f.]; 88, 203 [262]; 90, 145 [173]).“*[822]

Das Gericht folgt in diesem Urteil früheren Entscheidungen, nach denen der Gesetzgeber derjenige ist, der die ‚Gefahren', die die ‚Allgemeinheit' bedrohen, einschätzen muss. Es ist wahrscheinlich zu offen, von den „Gefahren für die Allgemeinheit“ zu reden, wenn die Einschränkung der Grundrechte auf dem Spiel steht. Das Gericht stellt allerdings entschieden fest, dass „verfassungsrechtlich tragfähige Zweifel an der grundsätzlichen Eignung der akustischen Wohnraumüberwachung zur Ermittlung von Straftaten“ nicht bestehen.[823] *Nicht tragfähige* Zweifel scheinen jedoch zu bestehen: *Die ‚Gefahren' für die ‚Allgemeinheit', die durch die Maßnahme zu verhindern sind, werden nicht explizit erwähnt und die auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter werden nicht ausdrücklich bestimmt.* Dasselbe lässt sich bezüglich des vom Gesetzgeber verfolgten speziellen Ziels der Aufklärung der Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität', feststellen.[824] Zunächst bleibt undeutlich, was ‚Organisierte Kriminalität' genau ist,[825] sodass das Gericht seine Zweifel über die Geeignetheit der Maßnahme in diesem Bereich äußerst. „Ob damit Strukturen gegeben sind, zu deren Durchdringung die akustische Wohnraumüberwachung als Mittel der Strafverfolgung in besonderer Weise beitragen kann, lässt sich gegenwärtig nicht abschließend beurteilen.“[826] Trotzdem wird die Verfassungsänderung für die Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung im strafrechtlichen Bereich angenommen, auch wenn die Eignung der Maßnahme explizit als unsicher bewertet wird. „Die verbleibende Unsicherheit macht es erforderlich, die Entwicklung zu beobachten und fortlaufend zu prüfen, ob das Ermittlungsinstrument tatsäch-

---

[822] BVerfGE 109, 279, S. 336.

[823] BVerfGE 109, 279, S. 336 f. Diese Behauptung über die Eignung der Maßnahme sei auf die Berichte der Bundesregierung zu beziehen (BVerfGE 109, 279, S. 337).

[824] BVerfGE 109, 279, S. 338.

[825] BVerfGE 109, 279, S. 338.

[826] BVerfGE 109, 279, S. 339.

lich geeignet ist, auch das mit ihm verfolgte spezielle Ziel in hinreichendem Maße zu erreichen."[827]

Als zweite Voraussetzung bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme analysiert das Gericht die *Erforderlichkeit* der Mittel. Das Gericht nimmt erneut das Argument des Gesetzgebers auf. Nach dem Gesetzgeber seien keine Ermittlungsmaßnahmen ersichtlich, die generell weniger belastend und zur Erreichung desselben Aufklärungszwecks ebenso geeignet wären wie die akustische Wohnraumüberwachung.[828] Das Gericht akzeptiert das Argument: „Diese Einschätzung ist zumindest nach derzeitigem Erkenntnisstand über die Erscheinungsformen Organisierter Kriminalität verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden."[829] Diese Äußerung erinnert an die Logik der *precaution*, nach der zum Zweck der Sicherheit alle mögliche Mittel anzuwenden sind, um zukünftig alle eventuellen Schäden vorsorglich zu verhindern, auch wenn es nicht wissenschaftlich bewiesen ist, ob sie tatsächlich Schäden verhindern könnten oder nicht. *Precaution* im strafrechtlichen Bereich geht weit über die Prävention hinaus. Eine solche Einstellung bedeutet die extreme Form der Prävention und ist gerade durch ihre *Unverhältnismäßigkeit* gekennzeichnet.[830]

Bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, also der *Angemessenheit* der Maßnahme, kritisiert das Gericht, dass sich der Gesetzgeber nicht auf „Schwerkriminalität" beschränkt hat.[831] Die akustische Wohnraumüberwachung für mehrere nicht schwerwiegende Tatbestände sei deshalb nicht angemessen, was aber das Gericht durch die Festlegung eines Strafrahmens für die Taten gelöst habe, die im Straftatenkatalog akzeptiert werden könnten.[832] Die Angemessenheit der Einschränkung von Grundrechten wurde auch in Bezug auf einen anderen Faktor berücksichtigt: die mögliche Betroffenheit Dritter.[833] Die Heimlichkeit der Maßnahme als Verstärker des Grundrechtseingriffs zeige sich als irrelevant für das Gericht.[834] Es konzentriert sich vielmehr auf den Schutz derjenigen, die nicht „Beschuldigte" sind.[835] Das Sorgen

---

827 BVerfGE 109, 279, S. 340.

828 BVerfGE 109, 279, S. 340 f.

829 BVerfGE 109, 279, S. 341.

830 Über das Vorsorgeprinzip (*precautionary principle*) siehe *supra* Kapitel 1.

831 BVerfGE 109, 279, S. 343.

832 „Von der besonderen Schwere einer Straftat im Sinne des Art. 13 Abs. 3 GG ist nur auszugehen, wenn sie der Gesetzgeber jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitstrafe bewehrt hat." (BVerfGE 109, 279, S. 347/348).

833 BVerfGE 109, 279, S. 353 ff.

834 Ausführlich und kritisch über die Bedeutung der heimlichen Maßnahmen im Strafprozess siehe *Dencker* 1994. Grundlegend über verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren siehe *Ott* 2008.

835 BVerfGE 109, 279, S. 355.

um den ‚Nichtbeschuldigten' vergegenwärtigt die diskursive Trennung zwischen den zu schützenden ‚Bürgern' und den *entrechtlichten* ‚Nichtbürgern' (‚Organisierte Kriminalität' bzw. ‚Gefährder').[836]

Es ist nicht bestimmt, welche Rechtsgüter auf dem Spiel stehen. Es bleibt unsicher, ob die akustische Wohnraumüberwachung für die Ermittlung und Aufklärung der ‚Organisierten Kriminalität' geeignet ist. Die Einschätzungen des Gesetzgebers bezüglich der ‚Organisierten Kriminalität' und ihrer ‚Bekämpfung' werden mit Skepsis beurteilt und vom Bundesverfassungsgericht dennoch als ausreichende Begründung für eine erforderliche Einführung der Maßnahme und für die dafür notwendige Verfassungsänderung angesehen. Die verfassungsrechtliche Überprüfung lässt auf diese Weise mehrere Fragen offen, die ausschließlich durch die im Hintergrund stehende Begründung der ‚allgemeinen Sicherheit' zu erklären sind.

Gegenüber Individuen, die die Sicherheit gefährden, sei jede Maßnahme berechtigt.[837] Gerade diese Aussage begründet den Wesenskern, mit dem das ‚Gefährdungsrecht' konstruiert wird: wenn die strafrechtlichen *Grenzen diffuser* werden, wenn das *Interventionsinstrumentarium offensiver* wird, wenn sich die Adressaten der Maßnahmen nach Risikofaktoren konstruieren lassen und als gefährdende Figuren entfremdet und entrechtlicht werden. *Es geht also nicht um eine unzureichende Kontrolle der Verfassungsänderung, sondern um eine Kontrolle, die mit der Logik des Sicherheitszwecks geführt wird.* Diese Offenheit vermag das Gericht allerdings durch eine ausführliche Achtung der einfachen Regulierung zu heilen.

Die erste Ebene der Überprüfung des Bundesverfassungsgerichts befasst sich mit der Frage nach der Notwendigkeit der Verfassungsänderung: *Ob* die akustische Wohnraumüberwachung im Strafprozess eine verhältnismäßige Maßnahme sein könnte und *ob* die betroffenen Grundrechte im Sinne von Art. 79 GG nicht „berührt" werden. Diese Frage wird vom Bundesverfassungsgericht bejaht. Die zweite Ebene befasst sich eher mit der Frage des *Wie*: *Wie* wird die Maßnahme durchgeführt. Das Bundesverfassungsgericht widmet dieser Frage zahlreiche Überlegungen und komplexe Details. Die Adressaten der Maßnahme werden als ‚Nichtbürger' angesehen, sie werden im Prozess der *Entfremdung* zu Fremden gemacht – und mit der *Entrechtlichung* zu ‚Gefährdern' konstruiert. Das ‚Gefährdungsrecht' ist daher das Recht, das die Risikofaktoren den gefährdenden Figuren zuordnet, um sie gezielt auszuschließen. Es

[836] Das Gericht konzentriert sich auf den Schutz der „unverdächtigen Dritten" (ähnlich auch *Warntjen* 2007: 186).

[837] Diese Einstellung des Gerichts wurde von *Gusy* (2004: 461) geteilt, der richtig findet, dass das Bundesverfassungsgericht „ein gewisses Misstrauen gegen absolute Grenzen staatlicher Sicherheitspolitik deutlich" geäußert hat.

geht um eine unmittelbare – quasi *precautional* – Interventionsform des Strafprozessrechts.[838] Und es mangelt ihr an Distanz: zwischen dem Recht und seiner Anwendung, zwischen der Allgemeinheit und dem konkreten Fall. Vorort werden Grundrechte konstituiert, je nachdem, welche Indikatoren zu beachten sind und welches Verhalten zu beobachten ist: Beamten müssen *in situ* und im konkreten Verhalten entscheiden, ob sie durch das Abhören der Wohnräume den Kernbereich der Privatsphäre beeinträchtigen könnten.

Das Bundesverfassungsgericht hat als die höchste Machtinstanz diese diffuse und angreifende Form des Rechts in seinem Urteil und dadurch in der Verfassung und in den Prinzipien des Rechtsstaats eingeschrieben.

4.3. Die Online-Durchsuchung

Die sogenannte Online-Durchsuchung wird im Folgenden als Kontrast- und Ergänzungsargument dargelegt. Da die Online-Durchsuchung weder ein Mittel des Strafrechts noch des Strafprozesses ist, sondern ein Aufklärungsinstrument für die Geheimdienste und ihre Gefahrenabwehr, steht sie nicht unmittelbar in Beziehung zu der vorliegenden Arbeit, die sich mit dem Strafrecht, seinen Figuren und seinen Umdeutungen befasst. Die ‚Gefahrenabwehr' ist allerdings ein ‚Grenzdiskurs' des Strafprozesses, der zu einem *Äquivalenzdiskurs* geworden ist, und die ‚Geheimdienste' können in diesem Sinne als ‚Grenzakteure' der Polizei verstanden werden. Gewisse Analogien zwischen der akustischen Wohnraumüberwachung und der Online-Durchsuchung sowie die Aktualität der Diskussion und die Tatsache, dass darüber das Bundesverfassungsgericht geurteilt hat, sprechen dafür, dass die Online-Durchsuchung in dieser Arbeit berücksichtigt wird.

[838] Der präventiv-polizeiliche Charakter der heimlichen Ermittlungsmethoden, die „Zukunftsgefahren" ausschalten wollen, wird vom Gesetzgeber dennoch mit den Argumenten der Beweisgewinnung gerechtfertigt, sodass die Maßnahme formell im Rahmen des traditionellen Strafprozessrechts bleibt. Diese Praxis wird kritisch von *Dencker* (1994: 683) als „tatsächlich demagogisch" bezeichnet. Bezüglich des präventiv-polizeilichen Charakters der Maßnahme lässt sich feststellen, dass das Urteil keine Einschränkung für die weitere Umsetzung der akustischen Wohnraumüberwachung im Rahmen von polizeilichen Maßnahmen zur Verhinderung von Straftaten erfährt (*Haas* 2004). Die im Urteil bewiesene Äquivalenz dieser Bereiche lässt sich an der Übertragung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezüglich des Kernbereichs auf anderen Gebieten nachweisen. Vgl. dazu *Kutscha*/*Roggan* 2004: 34. Siehe aber dagegen *Kutscha* 2005.

4.3.1. Die Maßnahme

Die relative Neuigkeit der Maßnahme erfordert eine Beschreibung über ihre Funktionsweise. Die sogenannte „Online-Durchsuchung“[839] ist eigentlich keine bestimmte Technik, sondern eine Fülle von Anwendungen, die die Infiltration in einem online vernetzten Computersystem und die Kopie der in diesem System enthaltenen Informationen ermöglichen.[840] Die Infiltration wird vom Benutzer des Systems nicht bemerkt, auch wenn seine aktive Teilnahme für den Erfolg der Operation notwendig ist: Es reicht normalerweise, dass das System angeschaltet und mit dem Internet verbunden ist. Je nach Technik könnte es notwendig sein, dass der Benutzer beispielsweise eine E-Mail mit einem unbemerkten Virus[841] öffnet, um die Infiltration überhaupt möglich zu machen.[842] Diese Operationsform hat diesen Techniken den Namen „Trojaner“[843] gegeben, weil sie heimlich und wahrscheinlich sogar in Form einer unschädlichen Nachricht oder Serverinformation versteckte Infiltrationspro-

---

[839] Im Folgenden wird diese Bezeichnung aus praktischen Gründen angenommen, auch wenn sich viel über die fragliche Genauigkeit des Konzeptes sagen lässt (während Online-Durchsicht am besten eine einmalige Infiltration beschreibt, wäre Online-Überwachung der genauere Begriff für eine längere Operation). Vgl. den Vortrag der Bundesministerin für Justiz Brigitte Zypries auf dem 10. Europäsichen Polizeikongress (www.bmj.bund.de); *Buermeyer* 2007.

[840] *Hansen/Pfitzmann* 2007; *Pfitzmann* 2008; *Pohl* 2007; *Buermeyer* 2007.

[841] Die sogenannten „Viren“ sind im Bereich der Informatik längst schon bekannt und werden meistens auch als „Trojaner“ eingeführt. Die technischen Wege werden seit langem – grundsätzlich mit illegalen Zwecken – exploriert und weiterentwickelt. Die staatlichen Behörden greifen in diesem Sinne auf Spionagemethoden zurück.

[842] Diese Operation kann sowohl ausschließlich in elektronischer Form als auch direkt am Rechner durchgeführt werden. Im ersten Fall ist es aus der Distanz gemacht, was ein hohes Missbrauchrisiko birgt, da das Infiltrationsprogramm gleichzeitig an mehrere Computer gesendet wird. Im zweiten Fall ist es komplizierter, das Infiltrationsprogramm in den infrage kommenden Computer zu installieren, das Verbreitungs- und Missbrauchsrisiko reduziert sich jedoch wesentlich. Argumente für einen „physischen Zugriff auf das Endgerät“ bietet *Pfitzmann* 2008.

[843] Diese Bezeichnung bezieht sich auf das Trojanische Pferd der griechischen Mythologie. Das Trojanische Pferd war aus Holz gebaut. In seinem Innern hatten sich griechische Soldaten versteckt. Nach dem das Pferd von den Trojanern als Geschenk angenommen wurde und in die Stadt geführt worden war, haben die Soldaten in der Nacht das Pferd verlassen und die Tore der Stadt geöffnet, sodass das Heer der Griechen in Troja eindrang und Troja besiegte. Weil die Online-Durchsuchung für die Gefahrenabwehr und für die Strafverfolgung als staatliches Dispositiv ausgedacht worden ist, spricht man von „Polizeitrojaner“, „Staatstrojaner“, „staatlicher Trojaner“ oder „Bundestrojaner“, um diese staatliche Umsetzung von „Trojanern“ zu benennen.

gramme liefern. Auf der Seite der Behörden wird die Online-Durchsuchung „Remote Forensic Software" (RFS) genannt.[844] Die Online-Durchsuchung kann im kriminalpolitischen Bereich grundsätzlich zwei Umsetzungsszenarien haben: Strafverfolgung und Gefahrenabwehr.[845] Im *ersten* Fall wird für die Online-Durchsuchung damit argumentiert, dass ‚Organisierte Kriminalität', ‚Rechtsextremisten', ‚Linksterroristen', ‚islamitische Terrorgruppen'[846] und ‚Wirtschafts- und Steuerkriminalität'[847] sich der Computertechnologie bedienen. Mit einem Computer sei die Verbreitung von Propagandamaterial und die Vorbereitung und Durchführung von Straftaten leichter geworden. Die Forderung von Online-Untersuchungen nicht nur gegen gewalttätige schwere Kriminalität, sondern auch im Bereich der Wirtschaftskriminalität basiert auf der Annahme, dass die Online-Durchsuchung ein zusätzliches und sinnvolles Instrument für strafprozessuale Ermittlungen sei.[848] Diese Forderung wird damit begründet, „dass gerade die Wirtschaftskriminalität ein ‚Spielfeld' terroristischer oder anderer organisierter krimineller Organisationen sein kann, denn hier lassen sich verhältnismäßig leicht die Mittel zur Finanzierung von Anschlägen oder anderen schweren Straftaten beschaffen."[849] Das erste Problem für die Befürworter der Online-Durchsuchung im Strafprozess war schon immer die Klärung der Rechtsgrundlage für eine mögliche Umsetzung: Die einen akzeptieren die quasi analoge Anwendung von vorhandenen Regelungen wie etwa § 100a StPO („Überwachung der Telekommunikation")[850] oder § 102 StPO („Haus- und Wohnungsdurchsuchungen");[851] andere plädieren für einen Regelungscocktail, der sich durch gesetzliche Unbestimmtheiten und Lücken neutralisieren soll, die bei der Anwendung der Online-Durchsuchung keine konkrete Anpassung finden.[852]

---

[844] Verg. *Ziercke* 2008. Kritisch dazu: „‚Bundestrojaner' heißt jetzt angeblich ‚Remote Forensic Software'", in: http://www.heise.de/newsticker/Bundestrojaner-heisst-jetzt-angeblich-Remote-Forensic-Software--/meldung/93807 (zuletzt abgerufen am 10.12.2010).

[845] Die Online-Durchsuchung als Instrument der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung wird im Folgenden unter dem konzeptionellen Dach der polizeilichen Gefahrenabwehr bearbeitet.

[846] *Hofmann* 2005.

[847] *Kemper* 2007.

[848] *Kemper* 2007.

[849] *Kemper* 2007: 106.

[850] So im Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH (*Neue Juristische Wochenschrift* 1997, S. 1934 ff.), auch im Landesgericht Mannheim (*Strafverteidiger* 2002, S. 242 ff.) und im Landesgericht Hanau (*Strafverteidiger* 2000, S. 354 ff.).

[851] Beschluss vom 21. Februar 2006 – Az. 3 BGs 31/06.

[852] So z. B. *Hoffmann* 2005, der die Zulässigkeit der Online-Durchsuchung unter den Voraussetzungen der §§ 102 und 103 StPO begründet.

Die zweite Anwendungsalternative der Online-Durchsuchung, die ‚Gefahrenabwehr', soll für die Vorbeugung von Anschlägen terroristischer Art erfolgen. Die Genehmigung für die Anwendung der Online-Durchsuchung liegt nicht in den Händen der Richter, da kein Strafprozess eröffnet worden ist. Für die Umsetzung der Maßnahme ist auch nicht die Polizei zuständig. Sowohl Genehmigung als auch Umsetzung liegen hier je nach der Bedrohungsart im Kompetenzbereich des Verfassungsschutzes, des militärischen Abschirmdienstes und/oder des Bundesnachrichtendienstes.[853] Das hohe Maß an Konspiration, das terroristische Netzwerke charakterisiere, sowie die Tatsache, dass das „Internet […] zum zentralen Medium für Islamisten geworden" sei[854] und eben die Vielfalt der Ziele, die über das Internet erreichbar sind (Verbreitung von Bombenbauanleitungen, Entwurf von Anschlagsplänen, Suche nach Anschlagszielen, Radikalisierung von jungen Menschen, Anwerbung von Selbstmordattentätern)[855] sind wesentliche Begründungen für die Notwendigkeit von Online-Durchsuchungen. Dem Präsidenten des Bundeskriminalamtes nach „reichen die klassischen Instrumente der verdeckten Informationserhebung wie die Kommunikationsüberwachung allein nicht mehr aus",[856] wenn es um die Aufdeckung solcher Netzwerke und um die Verhinderung terroristischer Anschläge geht. „So könnten heutzutage trotz umfangreicher Telefonkommunikationsüberwachung bei hochkonspirativen Gruppen so gut wie keine anschlagsvorbereitenden Informationen erlangt werden."[857] Dieses hochkonspirative Bedrohungsszenario[858] fordere die bisher zur Verfügung stehenden staatlichen Instrumente der Gefahrenabwehr – technisch und gesetzlich – heraus. ‚Gefahrenabwehr' muss deshalb immer wieder „ohne Wissen der Betroffenen agieren […] können".[859] Diese Heimlichkeit sei charakteristisch für die Online-Durchsuchung.

Am Bundesgerichtshof hat der Generalbundesanwalt im Jahr 2006 zwei Mal Anträge für die Genehmigung von Online-Durchsuchungen vorgelegt.[860]

---

[853] Vgl. „Innenministerium: Verfassungsschutz, MAD und BND können Online-Durchsuchungen durchführen" (http://www.heise.de/newsticker/Innenministerium-Verfassungsschutz-MAD-und-BND-koennen-Online-Durchsuchungen-durchfuehren--/meldung/87316) (zuletzt abgerufen am 10.12.2010).

[854] Innenminister Wolfgang Schäuble, in: *Der Spiegel*, Nr. 28/9.7.2007, S. 33.

[855] *Ziercke* 2008.

[856] *Ziercke* 2008: 63.

[857] *Ziercke* 2008: 63.

[858] *Ziercke* 2008.

[859] Innenminister Wolfgang Schäuble, in: *Der Spiegel*, Nr. 28/9.7.2007, S. 33.

[860] In der Begründung wurde die Maßnahme folgendermaßen erklärt: „Gemäß § 102, § 105 I, § 94, § 98, § 169 I 2 StPO die Durchsuchung des von dem Beschuldigten benutzten Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Daten […], und deren Beschlagnahme anzuordnen und den

Zwei unterschiedliche Ermittlungsrichter haben jeweils mit Zustimmung[861] und Ablehnung[862] auf die Anträge des Generalbundesanwalts reagiert. Diese Rechtsunsicherheit wurde vom 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs am 31. Januar 2007 aufgehoben, indem er die Online-Durchsuchung als strafprozessuales Mittel ablehnte, weil eine solche Durchsuchung keine Rechtsgrundlage habe.[863] Seit dieser Entscheidung, die die Anwendung von Online-Durchsuchungen im Strafprozess ablehnt – allerdings sich über die Anwendung zur Gefahrenabwehr nicht ausspricht –, ist die Diskussion umstritten geblieben. Politische und rechtliche, teilweise kontroverse Auseinandersetzungen mit dem Thema in den Medien haben neue Argumente für oder gegen die Genehmigung von Online-Durchsuchungen aufgeworfen.[864] Im Bundestag gab es darüber eine Beratung.[865] Den ersten großen Schritt hat Nordrhein-Westfalen mit dem *„Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein-Westfalen“*[866] gewagt, das am 27. Februar 2008 vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt worden ist.[867]

4.3.2. Die Online-Durchsuchung vor dem Bundesverfassungsgericht

Die ‚Bedrohung' durch den islamischen ‚Terrorismus' war die Hauptbegründung des vom Gericht überprüften Gesetzes. Diese ‚Bedrohung' erfordere die Verlängerung der Befugnisse, die im *Gesetz zur Stärkung des Verfassungsschutzes*

Ermittlungsbehörden zur verdeckten Ausführung dieser Maßnahmen zu gestatten, ein hierfür konzipiertes Computerprogramm dem Beschuldigten zur Installation zuzuspielen, um die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Dateien zu kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden zu übertragen (im Folgenden: verdeckte Online-Durchsuchung). Nach dem derzeitigen Ermittlungsstand liegt es nahe, dass auf dem Computer verfahrensrelevante Informationen abgespeichert sind“ (*Neue Juristische Wochenschrift* 2007, S. 930).

861 Beschluss vom 21. Februar 2006 – Az. 3 BGs 31/06.

862 Beschluss vom 25. November 2006 – Az. 1 BGs 184/2006.

863 Beschluss des 3. Strafsenats des BGH vom 31. Januar 2007 (*Neue Juristische Wochenschrift* 2007, S. 930).

864 Z. B. Innenminister Wolfgang Schäuble, in: *Der Spiegel*, 09.07.07; Justizministerin Brigitte Zypries, in: *Der Spiegel*, 07.04.07; Präsident des Bundeskriminalamtes Jörg Zierke in seiner Rede auf dem 10. Europäischen Polizeikongress (www.bka.de).

865 Siehe Anfragen der Fraktion der Linken und der FDP in den BT-Drs. 16/3973 und die Antwort der Bundesregierung in den BT-Drs. 16/3972 und 16/3973.

866 *Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen – VSG NRW – vom 20. Dezember 2006* (GV.NRW, 2006, S. 620).

867 BVerfG, Urteil v. 27.02.2008. Für eine aktuelle und positive Bewertung des Urteils siehe *Plankstadt* 2009.

und seiner Kontrollorgane vom 18. Dezember 2002 bis 1. Januar 2007 befristet waren.[868] Die effektive ‚Terrorismusbekämpfung' fordere darüber hinaus gewisse „Anpassungen".[869] Aufgrund der zunehmenden „Kommunikationsverlagerung extremistischer Bestrebungen auf das Internet"[870] sei es notwendig, „dass der Verfassungsschutz die Neuerungen im Bereich der Technik, insbesondere der Observations-, Informations- und Kommunikationstechnik, für seine Beobachtungstätigkeit nutzen kann",[871] jedoch in der regulierten und begrenzten Form, die von der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts gefordert wird.[872]

Durch die Novellierung erweitert sich deutlich der Anwendungsbereich der Befugnisse. Sie sollte auch für den § 3.1.1 VSG NRW[873] anwendbar sein.[874]

---

868 E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 1.

869 E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 15.

870 E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 17.

871 E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 1. Die neuen „Techniken" werden im Gesetz folgendermaßen erklärt: Art. 1. b) Hinter Abs. 2 Nr. 10 wird folgende neue Nr. 11 eingefügt: „heimliches Beobachten und sonstiges Aufklären des Internets, wie insbesondere die verdeckte Teilnahme an seinen Kommunikationseinrichtungen bzw. die Suche nach ihnen, sowie der heimliche Zugriff auf informationstechnische Systeme auch mit Einsatz technischer Mittel. Soweit solche Maßnahmen einen Eingriff in das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis darstellen bzw. in Art und Schwere diesem gleichkommen, ist dieser nur unter den Voraussetzungen des Gesetzes zu Artikel 10 Grundgesetz zulässig" (E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 4).

872 E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 1, 18. Hier bezieht sich der Gesetzgeber auf die Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht und seiner spezifischen Ausprägungen in Art. 13 und 10 GG. Ausdrücklich wird jedoch mehrmals auf die Entscheidung über die akustische Wohnraumüberwachung verwiesen. Ihre Bedeutung für die Novellierung wird jedoch nicht wirklich geklärt. Es wird von einigen Parlamentariern betont, dass gerade ausweislich der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts davon auszugehen ist, dass die Novellierung „so zulässig und rechtsstaatlich einwandfrei ist." (LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5222). Es ist nachzuvollziehen, dass diese Parlamentarier später vom Bundesverfassungsgerichtsurteil enttäuscht sind.

873 In § 3 werden die Aufgaben der Verfassungsschutzbehörde festgestellt.

874 „Daneben wird der Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf die Fälle des § 3 Abs. 1 Nr. 1 erweitert. Die durch den Gesetzgeber 2001 bewusst vorgenommene Beschränkung der Vorschrift auf die in § 3 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 bezeichneten Aufgaben wird dem veränderten Täterprofil islamistischer Terroristen nicht mehr gerecht. Home-grown-networks, die inländische islamistische Strukturen aufweisen und – wie etwa in London – inländische Anschlagsziele verfolgen, werden nur von § 3 Abs. 1 Nr. 1 erfasst. Die für die umfassende Terrorismusbekämpfung in das Gesetz eingefügten besonderen Auskunftsrechte des § 5a müssen daher auch zur Aufgabenerfüllung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 eingesetzt werden können." (E-Landesregierung, LT-NRW-Drs.

Das Gesetz wahre so „durch neue datenschutzrechtliche Bestimmungen die Balance zwischen den Erfordernissen der inneren Sicherheit und dem Schutz der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger.“[875]

4.3.2.1. Figuren

Bei der akustischen Wohnraumüberwachung hat das Bundesverfassungsgericht die vom Gesetzgeber angewendeten Konstruktionen und Bezeichnungen für die betroffenen Subjekte grundsätzlich angenommen. Die Adressaten der Online-Durchsuchung werden vom Bundesverfassungsgericht dagegen nicht so betrachtet, wie es der Gesetzgeber vorgesehen hatte. Die Konstruktion der Adressaten wird in dem einen und in dem anderen Fall vom Bundesverfassungsgericht unterschiedlich beurteilt; dies führt zu differenzierten Entscheidungen. Am meisten werden „Terroristen“[876] und die „Gefahr des Terrorismus“[877] vom Gesetzgeber als Begründung für die Online-Durchsuchung erwähnt. Die Maßnahme greife „auf Rechner von Terroristen“ zu.[878] ‚Links- und Rechtsextremisten‘ werden vom Gesetzgeber oft mit ‚Terroristen‘ gleichgesetzt,[879] was die Adressatengruppe der Maßnahme deutlich erweitert. Die Figur eines „Feindes“[880] führt ebenso zu einer Erweiterung des Adressatenkreises. Die Konstruktion „Feind“, die auch in der Variante „Verfassungsfeind“[881]

14/2211, S. 19). Zur Frage siehe auch LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3951, 3952, 3956.

[875] E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 15.

[876] Siehe E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 15, 19, 22; LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3941, 3942, 3944, 3945, 3952, 3955, 3956, 3957; LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5220, 5221; LT-NRW-Sitzung 14/47 v. 20.12.2006, S. 5278.

[877] LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5214.

[878] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3955.

[879] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3957. Kritisch darüber LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5216.

[880] „Die Terroristen sind keine religiös verführten Menschen, die man mittels Sozialpolitik von ihrem Weg abbringen kann. Es handelt sich um Feinde. Sie sind gefährliche Individuen und nicht falsch handelnde Bürger. Das, was man gegenüber Terroristen tun muss, ist insofern nicht von derselben Art wie zum Beispiel Verfahren gegen Bankräuber. Terroristen und ihr Umfeld sind nichts anderes als Straftäter, die unser freiheitliches System durch Terroranschläge mit verheerenden Folgen bedrohen.“ (LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3945). Diese Bezeichnung taucht auch an anderer Stelle wieder auf (LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5214).

[881] LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5222.

auftaucht, hebt die kriegerische Einstellung des Gesetzgebers sowie die Perspektive der Prävention hervor, die stark von offensiven Mitteln geprägt ist. Die Gruppe wird weiter ausgedehnt und erhält einen unbestimmten Charakter, wenn man vom „Gefährder“[882] als vom Adressaten der Online-Durchsuchung spricht. Die täterorientierten Formulierungen werden durch diese Bezeichnung zugespitzt, das Ziel des Gesetzes bleibt aber unbestimmt. Den „Gefährdern“ mangelt es nicht nur an konkreten Konturen bezüglich ihrer Taten. Den „Gefährdern“ fehlt es auch selbst an Konturen, die demzufolge nach Risikokategorien vom Staat definiert werden. In Bezug auf die Diskussionen der Online-Durchsuchung wird behauptet, dass diese Figur alles erwarten lasse, und sie nicht einfach zu erkennen sei. Ihre Unbestimmtheit und Unvorhersehbarkeit seien so ausgeprägt, dass Deutschland es mit einer „asymmetrischen Bedrohung“[883] zu tun habe. Diese explizite Vorstellung eines ‚Gefährders‘ verstärkt den in der vorliegenden Untersuchung ausgewählten Begriff (Signifikant) zur Bezeichnung der Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung. Im parlamentarischen Verfahren für die Einführung der Online-Durchsuchung werden die Nachteile der unbestimmten Formulierungen vom Gesetzgeber bestätigt, auch wenn er diesen Zustand als ein faktisches Problem präsentiert: „Damit kommt ein sehr großer, kaum mehr überschaubarer Täterkreis infrage, der kein klares Profil mehr besitzt.“[884] „Das Tatprofil verschwimmt offensichtlich.“[885] Diese Aussage wird im Gesetz deutlich, wie es in derselben parlamentarischen Diskussion aufgeworfen und stark kritisiert wird. „Es fehlt schlicht die Bestimmtheit des Tatbestandes. […] Der Anwendungsbereich wird nämlich ganz allgemein auf die Fälle des § 3 Abs. 1 Nr. 1 des Verfassungsschutzgesetzes erweitert […] Da steht nichts von Terrorismus.“ [886] Die Konstruktion und Anwendung von unbestimmten Figuren in der parlamentarischen Diskussion ist ein Ausdruck dafür, dass Subjekte und Fakten nicht deutlich definiert sind. Darin kommt eine wesentliche Kritik des Bundesverfassungsgerichts am Gesetz zum Aus-

---

[882] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3941 („Vorrangige Aufgabenstellung ist die Beendigung des Aufenthalts ausländischer islamistischer Gefährder“), 3943 („Erfolgreich ist die Bekämpfung des Terrorismus nur dann, wenn die Gefährder isoliert werden können.“), 3952 („Wir müssen künftig die sogenannten Home-grown Terrorists, Islamisten mit deutscher Staatsangehörigkeit, ebenso beobachten können wie ausländische Gefährder.“).

[883] LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5221 und LT-NRW-Sitzung 14/47 v. 20.12.2006, S. 5276.

[884] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3942.

[885] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3943.

[886] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3956.

druck. Der diffuse Täterkreis und das diffus präsentierte Tatprofil werden allerdings nicht nur im Fall der Online-Durchsuchung sichtbar.

Nur eins ist in den parlamentarischen Diskussionen deutlich geworden: Als ‚Bürger' gelten diejenigen, die von der Maßnahme profitieren und die geschützt werden. In ihre Computer wird nicht eingegriffen,[887] und wenn ein Fehler eintritt und doch eingegriffen wird, dann werden sie über den Vorfall informiert.[888] Diese Behauptungen sind fraglich,[889] weil sie die Grenzlinien zwischen ‚Bürger' und ‚Nichtbürger', zwischen ‚Bürger' und ‚Terrorist', zwischen ‚Bürger' und ‚Gefährder' ziehen. ‚Bürger' sind von der Maßnahme prinzipiell nicht betroffen. Wie aber die Grenzen bezogen werden, bleibt offen. Explizit wird die Maßnahme mit folgendem Argument verteidigt: „Wir müssen uns auch gegen Menschen wappnen, die Böses im Schilde führen. Damit das klar ist: Es geht nicht gegen einen x-beliebigen Bürger, sondern es geht um Leute, die Straftaten, Mord oder Brandstiftung gutheißen, oder terroristische Anschläge planen."[890] Personen, die „Straftat", „Mord", oder „Brandstiftung" gutheißen, sind kaum als normale ‚Bürger' bzw. ‚Einwohner' anerkannt. Sie seien ‚Gefährder' wie diejenigen, die als ‚Mafia', ‚Ausländerbanden', ‚Gangster' als Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung gelten. Bei der akustischen Wohnraumüberwachung hat das Bundesverfassungsgericht allerdings diese Abwägungen des Gesetzgebers unterstützt: ‚Organisierte Kriminalität' sei eine Figur, die mit den ‚Bürgern' nichts zu tun habe und die den ‚Bürger' gefährde; Diese ‚Organisierte Kriminalität' sei ein Adressat der akustischen Wohnraumüberwachung, nicht die ‚Bürger'. Anders sieht es das Bundesverfassungsgericht bei der Online-Durchsuchung. Das Gericht nennt im Urteil ausschließlich den ‚Einzelnen', den ‚Bürger' und die ‚Bevölkerung' als Adressaten der Maßnahme.[891] Das Gericht geht davon aus, dass alle ‚Bürger' und die ganze ‚Bevölkerung' von der Maßnahme betroffen sein könnten. Die Differenzierung unterschiedlicher Subjekte, die bei der akustischen Wohnraumüberwachung noch diskursiv akzeptiert wurde, stößt bei der Online-Durchsuchung auf Ablehnung.

[887] LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5219. Kritisch dazu aber auch dieser Grenzenziehung folgend, *ibid.*, S. 5216.

[888] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3955. Vgl. auch LT-NRW-Sitzung 14/47 v. 20.12.2006, S. 5277.

[889] In ihre Computer würde doch eingegriffen und wegen der zahlreichen Ausnahmen für die Benachrichtigungspflicht würden sie wahrscheinlich nicht davon informiert.

[890] LT-NRW-Sitzung 14/47 v. 20.12.2006, S. 5278.

[891] BVerfG v. 27.02.2008 [170, 173, 174, 177, 191, 197, 198, 220, 233, 241, 243, 274].

4.3.2.2. Die Begründung für die Novellierung

Das Ziel der Online-Durchsuchung besteht darin, einen Zugang zu Informationen über ‚gefährdende' Taten zu erreichen, um einen verbesserten und aktualisierten Verfassungsschutz zu tätigen. Die Verfassungsschutzaufgabe ist eine staatliche Schutzfunktion, die bei der akustischen Wohnraumüberwachung auf die Prävention gegen den ‚Terrorismus' gerichtet ist.[892] Eine „offensive"[893] Vorgehensweise charakterisiert demzufolge auch das angewendete Instrumentarium. Der liberale ‚Rechtsstaat' stünde auf dem Spiel und diese Bedrohung würde die Maßnahme rechtfertigen: „Wir haben den Kampf gegen die RAF gewonnen. Ich bin der festen Überzeugung, wir werden uns diesen liberalen Rechtsstaat auch nicht vom islamischen Terrorismus zerstören lassen. Wir werden auch mit ihm fertig."[894] Etwas differenzierter ist eine Meinung, die sich jedoch im Sog der Verabschiedung des Gesetzes nicht durchsetzen konnte, mit der Feststellung: Wir brauchen „ein realistisches Risikomanagement. Wir müssen sagen: Absolute Sicherheit ist unmöglich".[895] Dieses ‚Risikomanagement' scheint allerdings ausschließlich in Verbindung mit der Bekämpfung realistisch zu sein. So ist das ‚Gefährdungsrecht' der akustischen Wohnraumüberwachung vom Gesetzgeber und vom Bundesverfassungsgericht konstruiert: Zugleich *diffus*, um möglichst alle Risikofaktoren (unendliche Tatkataloge, niedrige oder fast inexistente Verdachtsschwelle), und *angreifend*, um ‚Risiken' nicht nur zu managen, sondern das Gefahrenpotenzial gleich auszuschalten: Relativierung des Kernbereichs der Privatsphäre, unmittelbare Beobachtung und Bewertung des privaten Verhaltens, Umformulierung der Kontrollklausel bei der Überprüfung der Verfassungsänderung etc.

Die Überprüfung der Legitimität des Gesetzes für die Online-Durchsuchung verlanlasste das Bundesverfassungsgericht zu der Bemerkung, dass durch die Novellierung des Verfassungsschutzgesetzes „nach der Gesetzesbegründung insbesondere auch das Ziel verfolgt [wurde], eine effektive Terrorismusbekämpfung […] sicherzustellen. Allerdings ist der Anwendungsbereich der Neuregelung weder ausdrücklich noch als Folge des systemati-

---

[892] Es geht um „Terrorismusbekämpfung" (vgl. E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 1, 19, 22; LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3942, 3943, 3953), „Bekämpfung islamistischer Terroristen" (vgl. LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3941, 3943, 3955) und „Bekämpfung des internationalen Terrorismus" (vgl. LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5215 f.).

[893] E-Landesregierung, LT-NRW-Drs. 14/2211, S. 17; LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3952; LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5220.

[894] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3944.

[895] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3943.

schen Zusammenhangs auf die Terrorismusbekämpfung begrenzt. Die Norm bedarf einer Rechtfertigung für ihr gesamtes Anwendungsfeld."[896] Diese Rechtfertigung sei – trotz der langen Erklärungen der parlamentarischen Diskussionen – im Gesetz nicht genügend zur Geltung gekommen. Das Gesetz bleibe unbestimmt und unklar bezüglich des genauen Anwendungsbereichs der Maßnahme. Die „Schwerkriminalität" konkretisiert sich in den Gesetzen zur Verfassungsänderung und zur Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung nicht nur in den schweren Tatbeständen und die ‚Organisierte Kriminalität', die als ein unbestimmtes Konstrukt anerkannt wurde, ist keine ausreichende Rechtfertigung und Bestimmung des Anwendungsfeldes für die akustische Wohnraumüberwachung im Strafprozess. Beide Kritikpunkte wurden damals vom Gericht allerdings nicht als Hürde für die Novellierung angesehen worden.

4.3.2.3. Die Frage der Verhältnismäßigkeit

Dem Gesetzgeber ist es klar, dass es in der Diskussion um die Online-Durchsuchung letztlich um eine Deutung und Konkretisierung von ‚Freiheit' und ‚Sicherheit' geht.[897] Diesbezüglich ist der Gesetzgeber davon überzeugt, mit der Novellierung ein „ausgewogenes Gleichgewicht zwischen Freiheit und Sicherheit [zu] gewährleisten".[898] Das Bundesverfassungsgericht findet jedoch, dass dieses Gleichgewicht nicht vorhanden ist. Die ‚Sicherheit' der Bevölkerung und des Staates ist ohne Zweifel der legitime Zweck des Gesetzes.[899] Obwohl die Ziele des Gesetzes prinzipiell als legitim anerkannt werden, auch wenn die Prävention terroristischer Taten als einziger Zweck nicht anerkannt wird, findet das Gericht, dass die Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseinschränkungen und den dafür eingesetzten Mitteln nicht gegeben sei. Dieses Gleichgewicht sei nicht erreicht worden.

Bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass das Mittel (die Online-Durchsuchung) sowohl geeignet[900] als auch erforderlich[901] sei, um die Präventionsaufgaben des Verfassungsschutzes zu verbessern. Das Gericht hat jedoch festgestellt, dass dieses Mittel nicht verhältnismäßig im engeren Sinne sei. Die eingeführte On-

[896] BVerfG v. 27.02.2008 [219].
[897] LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3943.
[898] LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5219.
[899] BVerfG v. 27.02.2008 [220].
[900] BVerfG v. 27.02.2008 [221 ff.].
[901] BVerfG v. 27.02.2008 [224 f.].

line-Durchsuchung sei keine angemessene Maßnahme, um die genannten Ziele zu erreichen:[902] „Die in dieser Norm vorgesehenen Maßnahmen bewirken derart intensive Grundrechtseingriffe, dass sie zu dem öffentlichen Ermittlungsinteresse, das sich aus dem geregelten Eingriffsanlass ergibt, außer Verhältnis stehen.“[903] Bei der Online-Durchsuchung handele es sich um Eingriffe mir hoher Intensität in das Leben der ‚Bürger‘.[904] Dies führe folglich zu einer Einschränkung der persönlichen und kommunikativen Möglichkeiten der ‚Bevölkerung‘.[905] Die Heimlichkeit der Maßnahme sei in diesem Sinne ein wichtiger Faktor, der sowohl die Intensität als auch die verursachten Einschränkungen (aufgrund von Unvertrauen,[906] Hilflosigkeit[907] etc.) äußerst verstärke.[908] Diese Behauptung des Bundesverfassungsgerichts ist überraschend, wenn man bedenkt, dass die Heimlichkeit der Maßnahme keine besondere Berücksichtigung bei der Überprüfung der Verfassungsänderung für die Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung fand. Auch der Gesetzgeber, der damals über das Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 diskutierte, betonte diesen Aspekt der Urteile des Bundesverfassungsgerichts und beseitigte so die Frage:

> *„In seinen Urteilen zum G 10 vom 14. Juli 1999 (BVerfGE 100, 313 ff.) und zur Erhebung von Telekommunikationsverbindungsdaten vom 12. März 2003 (BVerfGE 107, 299 ff.) hat das* Bundesverfassungsgericht *dabei* nicht erkennen lassen*, dass die dort in Frage stehenden* eingriffsintensiven heimlichen Überwachungsmaßnahmen grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. *Die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung streiten daher nicht nur für die* Zulässigkeit heimlicher Verbrechensaufklärung *als ergänzender Maßnahme der repressiven Kriminalitätsbekämpfung, sondern lassen sie auch als* verfassungsrechtlich geboten erscheinen.*“*[909]

In Bezug auf die Online-Durchsuchung gelangte das Gericht dagegen zu der Erkenntnis: „Die Eingriffsintensität des geregelten Zugriffs wird weiter durch dessen Heimlichkeit bestimmt. In einem Rechtsstaat ist Heimlichkeit staatlicher Eingriffsmaßnahmen die Ausnahme und bedarf besonderer Rechtfertigung“.[910] Die hohe Intensität des Eingriffs, unter anderem aufgrund der Heim-

902 BVerfG v. 27.02.2008 [226].
903 BVerfG v. 27.02.2008 [228].
904 BVerfG v. 27.02.2008 [229].
905 BVerfG v. 27.02.2008 [230].
906 BVerfG v. 27.02.2008 [241].
907 BVerfG v. 27.02.2008 [238].
908 BVerfG v. 27.02.2008 [234].
909 E-Bundesregierung, BT-Drs. 15/4533, S. 10 [Hervorhebung hinzugefügt].
910 BVerfG v. 27.02.2008 [235].

lichkeit, führte zur Nichtigkeit des Gesetzes, weil das geplante Mittel als unangemessen betrachtet wurde:

> *„Zum Schutz sonstiger Rechtsgüter Einzelner oder der Allgemeinheit in Situationen, in denen eine* existentielle Bedrohungslage *nicht besteht, ist eine staatliche Maßnahme grundsätzlich nicht angemessen, durch die - wie hier - die Persönlichkeit des Betroffenen einer weitgehenden Ausspähung durch die Ermittlungsbehörde preisgegeben wird. Zum Schutz solcher Rechtsgüter hat sich der Staat auf andere Ermittlungsbefugnisse zu beschränken, die ihm das jeweils anwendbare Fachrecht im präventiven Bereich einräumt.“*[911]

Diese Sätze lassen sich im Urteil über die Änderung des Art. 13 GG nicht entnehmen. Bei der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne wurde die Heimlichkeit nicht einmal als zu berücksichtigender Faktor der Eingriffsintensität erwähnt.[912] Die akustische Wohnraumüberwachung, die durch die Änderung im Grundgesetz genehmigt wurde, beschränkt sich nicht auf Fälle, „in denen eine existentielle Bedrohungslage“[913] besteht. Solche ausdrücklichen Festlegungen hat das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber damals nicht verlangt. Diese Äußerungen können aber auch anders ausgelegt werden: *Die ‚Organisierte Kriminalität‘ wird im Urteil implizit als existentielle Bedrohung eingestuft, als ‚Negation‘ des ‚Bürgers‘ und der ‚Rechtsstaatlichkeit‘. Die Angemessenheit der Maßnahme wurde daher bestätigt. Die ‚Organisierte Kriminalität‘ als existenzielle Bedrohung zu verstehen heißt so viel wie die ‚Organisierte Kriminalität‘ zu securitisieren, was sich durch die uneingeschränkte Reaktion und durch die erweiterten strafprozessualen Befugnisse zeigt.*[914]

Ist die Ausspähung der Persönlichkeit des Betroffenen in der eigenen Wohnung nicht so schwerwiegend wie die Ausspähung seines Computers? Ist die Ausspähung zum Zweck der Beweisermittlung im Strafprozess nicht so schwerwiegend wie die Ausspähung zur Prävention im Bereich des Verfassungsschutzes? Die Antwort auf diese Fragen könnte vielleicht im Diskurs selbst liegen: Die Adressaten werden in unterschiedlichen Formen vom Bundesverfassungsgericht konstruiert. *Im Urteil über die akustische Wohnraumüberwachung trennt das Gericht die infrage kommenden Figuren vom Rest der Bevölkerung und formuliert dabei den rechtsstaatlichen Rechtsanspruch jener ‚feindlichen‘ und ‚gefährdenden‘ Figuren um. Die Privatsphäre der ‚Organisierten Kriminalität‘ ist weniger geschützt als die ‚Privatsphäre‘ der ‚Bürger‘ und der ‚Bevölkerung‘.*

Die Frage der Heimlichkeit führt ferner zur Frage der ‚Privatsphäre‘ und den ‚Kernbereich‘ privater Lebensgestaltung. Es sei nur in dringenden ‚Ge-

---

911 BVerfG v. 27.02.2008 [248] [Hervorhebung hinzugefügt].

912 BVerfGE 109, 279, S. 353/355.

913 BVerfG v. 27.02.2008 [248].

914 Zum Konzept der *Securitization* siehe *supra* FN 130.

fahrsituationen' angemessen, in diesen Bereich einzugreifen. So stellt das Bundesverfassungsgericht fest:

> *„Der Grundrechtseingriff, der in dem heimlichen Zugriff auf ein informationstechnisches System liegt, entspricht im Rahmen einer präventiven Zielsetzung angesichts seiner Intensität nur dann dem Gebot der Angemessenheit, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall drohende Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut hinweisen, selbst wenn sich noch nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit feststellen lässt, dass die Gefahr schon in näherer Zukunft eintritt. Zudem muss das Gesetz, das zu einem derartigen Eingriff ermächtigt, den Grundrechtsschutz für den Betroffenen auch durch geeignete Verfahrensvorkehrungen sichern."*[915]

Der Gesetzgeber muss ein Gleichgewicht halten. Es müssen „tatsächliche Anhaltspunkte einer konkreten Gefahr"[916] gegeben sein, um die Maßnahme überhaupt anwenden zu dürfen. Diese Anforderung muss im Gesetz deutlich bestimmt sein. Vermutungen oder allgemeine Erfahrungssätze erfüllen die Voraussetzung der tatsächlichen Anhaltspunkte nicht. „Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen festgestellt sein, die eine Gefahrenprognose tragen".[917] Für die ‚Prognose' einer konkreten ‚Gefahr' werden drei Kriterien angeführt: Es muss im Einzelfall ein überragend wichtiges Rechtsgut[918] in einer konkreten ‚Gefahr' sein, das Umschlagen der Gefahr in Schaden muss zeitlich nahe liegen und die Gefahr muss auf bestimmte Personen als Verursacher bezogen werden können.[919] Die Voraussetzung der zeitlichen Nähe kann allerdings nicht gegeben sein und die Maßnahme wäre trotzdem angemessen, solange die zwei anderen Kriterien erfüllt sind.[920] Die „konkrete Gefahr" kann zeitlich unbestimmt bleiben und jedoch Rechtfertigung für die Anwendung einer Online-Durchsuchung sein. Bezüglich der notwendigen gesetzlichen Vorkehrungen für die vorbeugende Kontrolle der Ermittlungsmaßnahme folgt das Bundesverfassungsgericht worttreu seinem früheren Urteil, als es die Forderungen der einfachen Regulierung der akustischen Wohnraumüberwachung detailliert darstellte.[921] Einige Abgeordnete hatten vor diesen Analogien gewarnt und mehr Vorkehrungen im Gesetz gefordert,[922] sie wurden jedoch nicht beach-

---

915 BVerfG v. 27.02.2008 [242].

916 BVerfG v. 27.02.2008 [247].

917 BVerfG v. 27.02.2008 [250].

918 Diese seien „zunächst Leib, Leben, Freiheit der Person" und ferner „solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Staates oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt" (BVerfG v. 27.02.2008 [247]).

919 BVErfG v. 27.02.2008 [251].

920 BVErfG v. 27.02.2008 [251].

921 BVerfG v. 27.02.2008 [257 ff.].

922 Vgl. LT-NRW-Sitzung 14/36 v. 31.08.2006, S. 3956; LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5216, 5218; und LT-NRW-Sitzung 14/47 v. 20.12.2006, S. 5273 f.

tet.[923] Dieser Mangel an hinreichenden gesetzlichen Vorkehrungen, um die Berührung des Grundrechts der Privatsphäre zu vermeiden, wird im Urteil des Bundesverfassungsgerichtes selbst festgestellt.[924] Formell muss im Gesetz viel umformuliert werden, um es verfassungskonform zu gestalten.

4.4. Zwischenstand

Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts lässt sich in die Richtung interpretieren, dass das Gericht folgende Forderung des Gesetzgebers bei der Überprüfung der Gesetze zur Einführung der akustischen Wohnraumüberwachung zur Kenntnis genommen und dementsprechend gehandelt hat:

> *„Wenn die Fachleute der Ermittlungen uns sagen ‚In einzelnen, besonders schwerwiegenden Fällen muß auch die akustische Überwachung von Wohnräumen möglich sein, weil man international beobachten kann, daß solche Maßnahmen durchaus zu beachtlichen Ermittlungserfolgen bei schwerster Kriminalität geführt haben', dann muß man sich an solchen Beratungen beteiligen, weil es nicht über die Frage des Ob, sondern über die Frage des Wie zu streiten gilt, weil die Rechtsstaatlichkeit gewahrt werden muß: durch die Bestimmung der Eingriffstatbestände, durch die Art der Anordnung."*[925]

Das Gericht hat allerdings dieser Aufgabe eine neue Bedeutung gegeben. Es hat die Frage des *Wie* ausführlich beantwortet. Die Frage des *Ob* wurde dagegen als überflüssig betrachtet. Dass die ‚Organisierte Kriminalität' als diffuse existenzielle Bedrohung für die ‚allgemeine Sicherheit' betrachtet wurde, kann wahrscheinlich die Erklärung für diese Haltung sein.

1. *Dekonstruktion*: In der Analyse wurde festgestellt, dass die akustische Wohnraumüberwachung, die bisher grundsätzlich als Mittel der ‚Gefahrenabwehr' für die Geheimdienste infrage kam, als strafprozessuales Mittel gesetzlich eingeführt und verfassungsrechtlich angenommen wurde. Der Diskurs über die ‚Gefahrenabwehr' wurde somit mit den Notwendigkeiten strafrechtlicher Gefahren begründet. Es hat sich aus der Analyse ferner ergeben, dass das Bundesverfassungsgericht die zentrale Frage des *Ob* (*Ob* die infrage gestellte Maßnahme und die von ihr verursachten Grundrechteinschränkungen überhaupt legitim und verhältnismäßig waren?) als überflüssig betrachtet hat: Die akustische Wohnraumüberwachung sei eine legitime und verhältnismäßige Maßnahme zur Bekämpfung und Aufklärung der Strukturen der ‚Organisierten Kriminalität', die die ‚allgemeine Sicherheit' gefährde. Die Umformulierung

[923] Vgl. LT-NRW-Sitzung 14/46 v. 07.12.2006, S. 5220.
[924] BVerfG v. 27.02.2008 [270 ff.].
[925] BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19528.

von Grundrechten sei dafür ebenfalls angemessen. Das Gericht konzentrierte sich allerdings ausführlich auf die Frage des *Wie* (*Wie* sollen jene Einschränkungen im einfachen Gesetz verfassungskonform formuliert und nachher operationalisiert werden?). Die Verfassungsrechtsdogmatik hat damit wahrscheinlich viel gewonnen. Das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung, dem der Diskurs der ‚Gefahrenabwehr', der ‚Prävention' und der ‚Verteidigung' zueigen ist, knüpft trotzdem als neues Dispositiv an den Diskurs des ‚Strafrechts' an. Der Strafrechtsdiskurs, so wie er sich in den Texten über die akustische Wohnraumüberwachung materialisiert, ist ein Mittel für die ‚Verteidigung' vor ‚Gefahren' und so für die Verteidigung vor der ‚Organisierten Kriminalität' u. a. zuständig. Die *polysemische* ‚Organisierte Kriminalität' bildet eine unbestimmte *entsubjektivierte* Bedrohung für den Rechtstaat und seine Bevölkerung. Unter diesen Umständen ist das ‚Strafrecht' ein Instrument der staatlichen ‚Verteidigung'. Es identifiziert zunächst die riskanten Faktoren, die die ‚Organisierte Kriminalität' konstituieren, und beschreibt anschließend die Verteidigungsmittel für ihre Bekämpfung.

2. *Ort*: Die Begriffe ‚Gefährlichkeit', ‚Organisierte Kriminalität', ‚Gefahrenabwehr' etc., die im strafrechtlichen Diskurs artikuliert werden, entstehen, etablieren sich und materialisieren sich, sowohl in den parlamentarischen Beratungen und Gesetzen als auch in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts. In dem hier analysierten Urteil des Bundesverfassungsgerichts hat dieser Diskurs des verteidigenden Strafrechts allerdings eine neue Bedeutung gewonnen. Hier erhält der Diskurs des Strafrechts neue Zwecke und Mittel: Die ‚Gefahrenabwehr' ist als ein *Äquivalent* des Strafrechts dargelegt und das geheimdienstliche Mittel der akustischen Wohnraumüberwachung wird als verfassungskonformes strafrechtliches Dispositiv der Beweisgewinnung legitimiert. Die Verfassung wurde zunächst im Parlament geändert, endgültig aber vom Bundesverfassungsgericht. Das Bundesverfassungsgericht hat eine neue Auslegung über die Unverletzlichkeit der Wohnung im Strafprozess definiert. Der Diskursort Bundesverfassungsgericht hat dieser Auslegung die aus ihrer Machtposition notwendige Legitimation verliehen. Die *wahren Aussagen* des Bundesverfassungsgerichts haben den prozessualen Strafrechtsdiskurs verändert. Es ist immer noch ein Strafrechtsdiskurs, aber er ist anders geworden. Die kontingente Sprache, die nach *Derrida* niemals einfach „gegenwärtig oder anwesend"[926] ist, hat sich verschoben und durch eine konstitutive Distorsion[927] in ein anderes Gebiet verlagert; sprachliche Verschiebungen lassen sich in den Verschiebungen der strafprozessualen Mittel erkennen: Der Strafprozess nimmt Elemente der geheimdienstlichen Interventionsmittel auf und

[926] *Derrida* 1975: 173.
[927] *Laclau* 1996a: 205.

wendet sie zugleich im Diskurs und auf Adressaten dieses Strafrechts an. Die nie abschließbare Verkettung von Verweisungszusammenhängen[928] zwischen Begriffen und Mitteln des Strafrechts und von der Gefahrenabwehr wurden allerdings in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts temporal *fixiert*. Das Gericht hat Diskurse artikuliert und dabei neue Konstruktionen und Differenzen geschaffen.[929]

3. *Einschreibung*: In das Urteil über die akustische Wohnraumüberwachung genauso wie in das bereits analysierte Urteil über die nachträgliche Sicherungsverwahrung wird der Diskurs des Bundesverfassungsgerichts eingeschrieben und in den davon ausgehenden Urteilen wird zukünftig dieser Diskurs reproduziert werden. In jedem dieser Urteile wird über Recht und staatliche Gewalt entschieden. Im Gegensatz zu den parlamentarischen Protokollen oder sogar zu den Gesetzen lassen sich die Urteile des Bundesverfassungsgerichts nur durch neue Urteile des gleichen Gerichts aufheben. Diese Situation tritt bekanntlich nur sehr selten ein. Die Änderung der Verfassung und des Strafrechtsdiskurses aufgrund der ‚Bedrohung' und ‚Gefährlichkeit' durch die ‚Organisierte Kriminalität' ist somit eine institutionelle Materialisierung der neu ausgelegten Diskurse. Diese Artikulationen, Erweiterungen und Verlagerungen des Strafrechtsdiskurses schaffen eine materielle und zugleich unwiderrufliche Autorität, die der verfassungsrechtlichen Diskurseinschreibung zuzurechnen ist.

4. *Grenzdiskurse*: ‚Gefahrenabwehr' und ‚Strafrecht' offenbaren sich wie bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung als Äquivalentdiskurse: Die Mittel, die Zwecke, die Adressaten (‚Sicherheits*gefährder*') werden diskursiv und daher auch praktisch identifiziert. Vor der ‚Organisierten Kriminalität' werden die ‚Bürger', der ‚Staat', die ‚allgemeine Sicherheit' und die ‚Wirtschaft' geschützt. Selbstverständlich sind ‚Bürger', ‚Staat', ‚Allgemeine Sicherheit' und ‚Wirtschaft' keine äquivalenten Begriffe. Diskursiv werden sie dennoch miteinander verknüpft und aufeinander bezogen, wenn man behauptet, dass alle von der ‚Organisierten Kriminalität' bedroht sind. Die ‚Organisierte Kriminalität' bildet in diesem Sinne eine diskursive Negation der begrifflichen Kette. Die Differenzialität zwischen den Gliedern der Kette geht verloren. Die Figur ‚Bürger' wird nicht länger vor Eingriffen der Figur ‚Staat' geschützt; die Figur ‚Bürger' wird vielmehr als *äquivalent* zum ‚Staat' angesehen, beide streben die ‚Sicherheit' durch die Bekämpfung der ‚Organisierten Kriminalität' an.[930] So-

[928] *Sarasin* 2001: 64.

[929] *Laclau/Mouffe* 1985: 113.

[930] Im Urteil des Bundesverfassungsgerichts über die Online-Durchsuchung wurde keine begriffliche Äquivalenz zwischen der Figur des ‚Bürgers' und der Figur des ‚Staates' hergestellt. Die Argumente des Gesetzgebers, sowohl ‚Bürger' als auch die ‚Sicherheit' müssten vor dem ‚Terrorismus' geschützt werden, wurde vom Bundesverfassungsge-

lange die *Bedrohung der Negation* – die existenzielle Bedrohung – besteht, werden ‚Bürger' und ‚Staat' *äquivalent* bleiben.[931] Deswegen agiert in diesem analysierten Beispiel die ‚Organisierte Kriminalität' als *constitutive outside* und Opposition des Diskurses. Weil sie die diskursive Illusion der Einheit verleiht:[932] ‚Bürger' und ‚Staat', sowie ‚Staat' und ‚Wirtschaft' etc. konstruieren sich und identifizieren sich durch die gegenseitige Bezogenheit. Diese vereinheitlichende Bezogenheit wird lediglich durch die Wahrnehmung der Negation wie die ‚Organisierte Kriminalität' generiert. Dasselbe gilt für alle Begriffe, die an die Äquivalenzkette des ‚Bürgers' und des ‚Staates' angeschlossen sind. Dieselbe negative Konstruktion gilt für Begriffe, die an die Äquivalenzkette der ‚Organisierten Kriminalität' angeschlossen werden (‚Ausländer', ‚Terrorist' etc.).

Diskursiv und materiell werden ‚Bürger' und ‚Nichtbürger' voneinander getrennt. Diese Zuschreibung vollzieht sich im Prozess der Entfremdung, durch den die Individuen nicht nur *entrechtlich* und *entsubjektiviert*, sondern auch *entfremdet* (‚Fremder gemacht') werden. Diese gegensätzlichen Kategorisierungen werden im Strafrechtsdiskurs über eine begriffliche Verkettung an die ‚Gefahrenabwehr' angeschlossen. Die Exklusionslogik der ‚Gefahrenabwehr' zwingt den Strafrechtsdiskurs zwischen ‚Gefährder' und ‚Bürger', zwischen ‚gefährdendem Außen' und ‚zu schützendem Innen' zu differenzieren. Diskursive Trennungen zwischen ‚Prävention' und ‚Repression' werden irrelevant. Grenzdiskurse sind nicht mehr zu identifizieren, da sich die Differenzialität zwischen ihnen in der Kette der Äquivalenzen aufgelöst hat. In dem ‚Gefähr-

---

richt nicht angenommen. Wenn das Gericht diese Opposition, ‚Bürger' und ‚Staat' auf der einen Seite und ‚Terrorismus' auf der anderen Seite angenommen hätte, hätte das Gericht damit die Äquivalenzkette generiert und wahrscheinlich der Online-Durchsuchung als Verteidigungsmittel zugestimmt wie bei der akustischen Wohnraumüberwachung. Die begriffliche Kette wurde konstruiert, indem ‚Organisierte Kriminalität' tatsächlich als Negation von ‚Bürger' und vom ‚Staat' eingeschrieben wurde.

[931] Solange die diskursiv generierte *existenzielle Bedrohung* besteht, besteht auch die Basis für die *Securitization* von Phänomenen (*Buzan/Waever/de Wilde* 1998), wie sie im Kapitel 1 erklärt wurde.

[932] Dieses Ergebnis erinnert an die Ideen von *Nils Christie* (1986, *zus.* mit *Bruun* 1991), *Heinz Steinert* (1998) und *Jock Young* (2001, 2003), wenn die Autoren auf die Nützlichkeit der Konstruktion von unsichtbaren, starken, diffusen ‚Feinden' hinweisen, weil diese Konstruktionen gerade innere Einheit und Unterstützung für die Regierung stiften. Ihre Analysen erinnern allerdings an parteipolitische Absichten und Konspirationen. Die präsentierten Ergebnisse bieten dagegen eine rein sprachliche Betrachtung des Diskurses, die den sprechenden Akteuren keine subjektiven Absichten zuweist. Die Folgen sehen dennoch ähnlich aus: Die Trennungslinie zwischen den ‚Fremden' und den ‚Eigenen' schafft die *illusorische Fixierung* der Einheit.

dungsrecht‘ kommt ein neues Strafrecht mit einer ebenso neuen Auffassung über die ‚Gefahrenabwehr‘ und ‚Risikoprävention‘ zum Ausdruck.

5. *Archiv*: Im Archiv des Strafrechtsdiskurses, so wie er sich bei der akustischen Wohnraumüberwachung zeigt, und so wie er sich bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung gezeigt hat, sind Begriffe wie ‚Gefahr‘, ‚Bedrohung‘, ‚Bekämpfung‘ etc. enthalten. Diese Begriffe beziehen sich aufeinander und lehnen sich an die Begriffe der Gefahrenabwehr an (‚Bekämpfung‘, ‚Schutz‘, ‚Verteidigung‘ etc.). Die Figuren, die in diesen begrifflichen Ketten eingebunden sind (‚Gefahr‘, eine unbestimmte ‚Organisierte Kriminalität‘, ‚Ausländer‘ etc.), differenzieren sich von den Figuren, die für gewöhnlich im Strafrechtsdiskurs enthalten sind (‚Bürger‘, ‚Verbrecher‘, ‚Rechtssubjekt‘ etc.). Die konstruierten und betroffenen Figuren – die Adressaten – der eingeführten Änderungen und Maßnahmen im Strafprozess tragen auf diese Weise den Makel der Unbestimmtheit und der ‚Gefährlichkeit‘ in sich. Sie werden als diffuse feindliche Formen konstruiert. Die verschwommenen strafrechtlichen Figuren, die vom Gesetzgeber präsentiert und vom Gericht akzeptiert werden, scheinen Grundrechtseinschränkungen unproblematisch zu machen, da nicht normale ‚Bürger‘, sondern gerade die entfremdeten und gefährdenden ‚Nichtbürger‘ von den Maßnahmen betroffen sind.

5. *Re-Konstruktion*: Der Strafprozess nimmt neue Formen an. Die Eventualität, dass Schäden in der Zukunft eintreten können, wird in einigen Fällen durch Prognosen (etwa bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung) und in anderen Fällen durch diffus erweiterte vorsorgliche Interventionsmechanismen konkret und allgegenwärtig gemacht (z. B. durch das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung). Selbstverständlich werden Straftatbestände und Vorschriften aus dem Gesetz und als Anlass für die strafrechtliche Intervention erwähnt. Diese Tatbestände und Vorschriften sind allerdings entweder so zahlreich und unterschiedlich (Tatenkatalog für die akustische Wohnraumüberwachung, „besonders schwere Straftaten“, § 100c (2) StPO) oder sehr offen und unbestimmt (‚Organisierte Kriminalität‘; Voraussetzungen zur Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung „Tatsachen erkennbar, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen…“, § 66b StGB), dass sie nur die Formalität aber nicht die beabsichtigte Bestimmungsfunktion erfüllen.

Das moderne ‚Strafrecht‘, das distanziert gegenüber wahrscheinlich vollzogenen Taten agiert, wandelt sich wegen seiner Verteidigungsaufgabe in eine unmittelbar intervenierende Instanz, die zukünftig mögliche Schäden verhindern soll. Bezüglich der akustischen Wohnraumüberwachung wird mehr über ‚Gefahren‘ als über ‚Risiken‘ gesprochen. Die Bedeutung der konstruierten ‚Gefahren‘ wird mit Signifikaten verbunden, die zur Risikologik gehören: Risikofaktoren werden aufgelistet (Nationalität, Religion, Bekanntschaften); diffu-

se allgegenwärtige Schäden werden befürchtet (von der Wirtschaftsschädigung bis zur Korruption in der Politik); die auf Dauer entwickelten Schäden sollen gestoppt werden (die Internationalisierung der ‚Organisierten Kriminalität'); Risikoraster werden entwickelt (allumfassende Tatenkataloge), unkörperlichen Figuren werden eventuelle schädliche Ereignisse zugewiesen (die ‚Organisierte Kriminalität' vergiftet den Rechtsstaat). Diese Formulierungen entstehen nicht unmittelbar aus einer Kriegsrationalität, sondern vielmehr aus einer als legitim konstruierten Präventionsform, die das Risikomanagement charakterisiert. Diese Formulierungen lassen sich allerdings auch nicht mit den traditionellen Formen des Strafrechts gleichsetzen. Die ‚Prävention' und die ‚Gefahrenabwehr' vollzieht sich in den vom Bundesverfassungsgericht neu ausgelegten Formen, in denen *‚Gefährder' zugleich konstruiert, einkalkuliert und als ‚Gefahren' befürchtet und bekämpft werden*: ohne Distanz und ohne universelle Neutralität.[933] Die ‚Gefahren', mit denen die ‚Gefahrenabwehr' umgeht, sind weder distanziert noch rechtlich abzuwehren. Sie sind unmittelbar und physisch zu beseitigen.[934] So seien auch die Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung zu beseitigen. Ziel ist es nicht, eine prozessuale Wahrheit zu erreichen, sondern Risiken zu managen und Gefahren auszuschalten. Demzufolge erweitert sich das Instrumentarium des Strafrechts und nimmt diffuse und aggressive Formen an. ‚Gefährder' und nicht die ‚Verbrecher' werden konstruiert und adressiert. ‚Gefährdungsrecht' und nicht ‚Strafrecht' wird angewendet.

Das Recht agiert nicht als Hürde und Regulator der Gewaltanwendung des Staates, sondern als Mittel. Der Diskurs wird ständig artikuliert und seine Gewaltanwendung auf weitere Bereiche verlagert. Diese Artikulationen werden diskursiv vom Bundesverfassungsgericht vorangetrieben, das das ‚Gefährdungsrecht' einschreibt und als etablierten autorisierten Diskurs fixiert.

---

[933] Diese Idee ist mit der Idee der Gerechtigkeit des Rechtes bei *Benjamin* verbunden (vgl. unten Kapitel 6).

[934] Deswegen ist das neue Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung als eine Vermischung von polizeilichen (materiell) und rechtlichen (formell) Mitteln zu betrachten. Siehe über die unterschiedliche Vorgehensweise vom Recht (distanziert) und Polizei (nicht distanziert) *Benjamin* 1965. Ausführlich dazu unten in Kapitel 6.

5. Zwischenergebnisse

Wie bei der Präsentation der angewendeten Diskursbegriffe bereits ausgeführt, wird in der vorliegenden Arbeit der Diskurs in einer doppelten Auslegung betrachtet: als ein differenzielles Ensemble von *Signifikant*sequenzen, in denen die Bedeutung ständig *umverhandelt* (*renegotiated*) wird: als die machtausübende und wahrheitsdefinierende Praxis der Sinnherstellung, ihrer Materialisierung und Re-Produktion durch die Konstitution von Bedeutung in einer komplexen gesellschaftlichen Praxis. Diese doppelte Auslegung ist die methodologische Basis für die durchgeführte Diskursanalyse.

Einerseits wurde die rein sprachliche Ebene des Strafrechtsdiskurses analysiert, indem auf *Signifikanten- und Signifikatenketten* (z.B. die Begriffe ‚Verbrecher', ‚Gefahr', ‚Sicherheit', ‚Verteidigung') sowie auf *leere Signifikanten* (wie ‚Sicherheit') und *Diskursexklusionen* (z.B. ‚Bürger/Nichtbürger') hingewiesen wurde. Es geht um die Frage, welche Begriffe und ihre Bedeutung, die im gegenwärtigen Strafrecht zur Verfügung stehen, konstituiert werden. Aus diesen Zuschreibungen ergeben sich die strafrechtlichen Mittel, die im Strafrechtsdiskurs zur körperlichen Sichtbarkeit dieser Begriffe führen. Dieser strafrechtliche Diskurs hat sich bei der Analyse als eng verbunden mit der staatlichen ‚Schutzfunktion' erwiesen. Die ‚Schutzfunktion', die immer als gegeben und als logische Hauptfunktion des Staates in den analysierten Dokumenten dargestellt

wird, konkretisiert sich zum Teil im Strafrecht, welches durch Dispositive wie die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung in diese ‚Schutzfunktion' involviert ist. In beiden Fällen wird zu dem ‚Schutz der Allgemeinheit' und deren ‚Sicherheit' gehandelt. ‚Strafrecht' und ‚Sicherheit' verketten sich und bilden dabei ein Ensemble von *indifferenzialen* Signifikanten- und Signifikatenketten: ‚Schutz', ‚Sicherheit', ‚Strafrecht', ‚Recht', ‚Ordnung', ‚staatliche Gesellschaft', ‚Staat' etc. Deren Bedeutungen verschieben sich zueinander und bilden auf diese Weise unendliche Äquivalenzketten, d.h. Verkettungen, in denen die Begriffe an Differenzialität verlieren, weil sie als äquivalent miteinander fungieren. Die analytische Kategorie der diskursiven Äquivalenzen, die bekanntlich auf die Analysen von *Derrida* und *Laclau* zurückgeht, führt zu aufschlussreichen Ergebnissen: Äquivalenzkette und die auf sie bezogenen Signifikanten und Signifikaten lassen sich immer als ein negativer Diskurs bestimmen. Begriffliche Glieder dieser Kette zeigen sich wechselseitig äquivalent, weil sie ihre definitorischen Grenzen in einem fremden Diskurs finden, der sie zugleich bedroht und definiert. *Diese begrifflichen Serien exkludieren sich im Diskurs und zeigen sich ‚Gefährdungsrecht'.* In den beiden Manifestationen des Strafrechtsdiskurses, ist dieses konstitutive Außen ähnlich skizziert: das, was ‚Unsicherheit' schafft, die ‚Sicherheit' bedroht und als Negation der ‚gesellschaftlichen Ordnung' erscheint. Die konstruierten und adressierten Figuren des Strafrechts, die sich aus den negativen Diskursen ergeben und die eine sichere Gesellschaft negieren, lassen sich kaum als ‚Verbrecher' definieren. Sie können vielmehr als *‚Gefährder'* angesehen werden und stehen somit für eine neue Auslegung der Figur des ‚Verbrechers': werden an ihr angelegt und zugleich von ihr abgegrenzt. *Der ‚Gefährder' kann als ein ‚Verbrecher' verstanden werden, der durch das Strafrecht – das ‚Gefährdungsrecht' – zugleich als ‚Risiko' konstruiert und als ‚Feind' angegriffen wird. ‚Gefährder' eignen sich als die Negation einer ‚sicheren Gesellschaft' und einem ‚sicheren Staat'.*

Andererseits wurde die Materialität des Strafrechtsdiskurses und seiner Wahrheit analysiert. Die Machtposition der Sprecher des Strafrechts, d.h. das Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgeber, und die wechselseitigen Beziehungen zwischen diesen Sprechern (etwa infolge der Urteile des Bundesverfassungsgerichts, den parlamentarischen Diskussionen und den verabschiedeten Gesetzen) sind in dieser Diskursanalyse untersucht worden. Auf dieser Ebene wurde auf die Prozeduren und Etablierungsformen eingegangen, durch die sich der spezifische Strafrechtsdiskurs der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung konstituieren. Ihre Entstehungsbedingungen sind innerhalb des Strafrechts zu finden. Es ist daher das Strafrecht, das die mögliche Entstehung eines ‚Gefährdungsrechts' in sich trägt. *Diese Möglichkeit liegt in der inneren Logik und dem inneren Gefüge des Strafrechtsdiskurses. Durch seine Begriffe und durch seine diskursiven Instanzen werden wahre Aussa-*

gen gemacht, die die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung konstituieren. Diese Dispositive stellen keine typischen Beispiele des Strafrechts dar. Sie sind allerdings die Materialisierung eines gegenwärtigen Strafrechtdiskurses, der sich als ‚Gefährdungsrecht' bezeichnen lässt.

5.1. Der ‚Gefährder'

Weder werden ‚Feinde' als Adressaten eines Bekämpfungsrechts, noch wird die Figur des ‚Risikos' als Objekt eines Risikostrafrechts konstruiert. Vielmehr hat sich die Figur eines ‚Gefährders' als gegenwärtige Konstruktion des Strafrechtsdiskurses entpuppt. Bei dem ‚Gefährder' geht es um eine Figur, die zugleich ‚Feind' und als ‚Risiko' im Strafrechtsdiskurs konstruiert wird. Sie konstituiert sich aus den Rationalitäten des Krieges und des Managements. Gerade in dieser Zusammensetzung liegt ihre Eigenartigkeit, die sie von der Figur des ‚Verbrechers' abgrenzt. Bevor ich zu eigenen Ergebnissen bezüglich der Figur des ‚Gefährders' komme, möchte ich zunächst den im Terrorismusbereich verwendeten Begriff „islamistischer Gefährder" erläutern.

5.1.1. „Islamistischer Gefährder" in der Terrorismusbekämpfung

Der Begriff ‚Gefährder' wird seit längerem im Bereich der Gefahrenabwehr und der Terrorismusbekämpfung angewendet,[935] allerdings ausschließlich in polizeilichen[936] und politischen[937] Diskursen und nicht in Gesetzen.

Bisher wurde der Begriff ‚Gefährder' im Rahmen der Gefahrenabwehr von deutschen Politikern und Behörden angewendet. Die Bedeutung des Begriffs von der *Arbeitsgemeinschaft der Leiter der Landeskriminalämter und des Bundeskriminalamtes* (AG Kripo) wurde am 21. November 2006 im Bundestag vom Staatssekretär *August Hanning* erläutert: „Ein Gefährder ist eine Person, bei der bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie politisch motivierte Straftaten von erheblicher Bedeutung, insbesondere solche im Sinne des

[935] Ausführlich dazu *von Denkowski* 2007.

[936] Siehe etwa kritisch zum Thema *Thiede* 2008; *von Denkowski* 2008.

[937] Die Diskussion um den Begriff ‚islamistischer Gefährder' wurde nicht zuletzt von den Äußerungen des damaligen Bundesinnenminister *Wolfgang Schäuble* eingeleitet, der im Gespräch mit dem *Spiegel* über Abschiebungen und Kommunikationseinschränkungen von ‚islamistischen Gefährdern' sprach (s. unten).

§ 100a der Strafprozessordnung (StPO), begehen wird.“[938] Diese Definition ermöglicht es, Personen unabhängig von der Begehung von Straftaten staatlichen Maßnahmen zu unterwerfen. Eine Rechtsgrundlage, auf die sich diese Begriffsbestimmung stütze, sei „nicht erforderlich“.[939] Die Definition sei zwar aufgrund eines Beschlusses der AG Kripo im Jahr 2004 bundeseinheitlich abgestimmt worden,[940] aber es gebe seitens des Bundeskriminalamts und der Landeskriminalämter keine Regelungen zum Umgang mit unterschiedlichen Verwendungen des Begriffs ‚Gefährder‘ in der Praxis.[941]

Durch das Interview vom *Innenminister Wolfgang Schäuble* mit dem *Spiegel* im Juli 2007 bekam der Begriff eine neue Bedeutung.[942] Ein ‚Gefährder‘ wird grundsätzlich mit ‚extremistischen Islamisten‘ in Beziehung gesetzt, sodass weiterhin meistens von ‚islamistischen Gefährdern‘ gesprochen wird. Die Figur des ‚Gefährders‘ wird dabei wie eine Bedrohung eingestuft, die der Rechtsstaat nicht in der traditionellen Form bekämpfen kann. In dem erwähnten Gespräch äußerte *Schäuble* seine Besorgnis darüber, dass der Staat nicht gegen Personen vorgehen kann, die kein strafrechtlich relevantes Vergehen begangen haben. „Wenn beispielsweise potentielle Terroristen, sogenannte Gefährder, nicht abgeschoben werden können – was machen wir mit denen? […]. Die andere Frage ist aber: Kann man solche Gefährder behandeln wie Kombattanten und internieren?“[943] *Schäuble* gibt an, mit dieser Aussage keine Vorbeugehaft für Islamisten zu befürworten. Er verlangt allerdings, dass man klären müsse, „ob unser Rechtsstaat ausreicht, um den neuen Bedrohungen zu begegnen.“[944] Diese Personen hätten scheinbar einen Zwischenstatus, der schlicht und einfach gegen jedes Unschuldsprinzip stünde, das aber auch keine konkrete Anklage nach den Regeln eines ordentlichen Strafprozesses rechtfertige. Sie seien – laut *Schäuble* – zwar keine ‚Verbrecher‘, aber auch nicht unschuldig. Sie werden als Figuren angesehen, die Kombattanten näher als normalen Bürgern stünden. Sie werden als „Bedrohungen“ wahrgenommen. Der Rechtsstaat in seiner bisher bekannten Form reiche nicht aus, um diesen neuen Bedrohungen zu begegnen.

---

938 BT-Drs. 16/3570, S. 6, Frage 9.
939 BT-Drs. 16/3570, S. 6, Frage 10.
940 BT-Drs. 16/3570, S. 6, Frage 10.
941 BT-Drs. 16/3570, S. 6, Frage 11.
942 *Der Spiegel*, Nr. 28/9.7.2007. *Schäuble* hatte diesen Begriff allerdings schon früher angewendet (vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 16.12.2005). Siehe zu diesem Interview *Krasmann* 2007b: 79 ff.
943 *Der Spiegel*, Nr. 28/9.7.2007, S. 32.
944 *Der Spiegel*, Nr. 28/9.7.2007, S. 32.

Mit der Bedeutung und Wirkung dieser diskursiven Konstruktionen hat sich *Charles von Denkowski* ausführlich auseinandergesetzt.[945] Seiner Auffassung nach ist der Begriff zunächst in der Ausrichtung eines polizeilichen Staatsschutzes neuer Art entwickelt worden, welcher sich nachher in den offiziellen Sprachgebrauch der Innenpolitik verlagerte. Die Anwendung des Begriffs rechtfertige materiell heimliche Erhebungen von personenbezogenen Daten und Erkenntnissen, die sich als „Gefahrenermittlungen" präsentieren und „islamistische Gefährder" zum Ziel haben. Gesetzlich sei der Begriff zwar „nicht expressis verbis, jedoch indirekt"[946] im „Gesetz zur Errichtung einer standardisierten zentralen Antiterrordatei (ATD) von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten von Bund und Ländern"[947] vorhanden. Es wird festgestellt, dass Dateien von Personen besonderer Gefährlichkeit heimlich gespeichert werden dürfen. „Die Antiterrordatei ist auch eine Gefährderdatei: Eine Sammlung von Daten, betreffend kraft einer heimlichen Prognose als ‚besonders gefährlich' eingestufter Grundrechtsträger."[948] Diese Überlegungen sollen auf die in der vorliegenden Arbeit als ‚Gefährder' bezeichnete Figur des Strafrechtsdiskurses bezogen werden. Der Begriff „besondere Gefährlichkeit" im ATD-Gesetz ähnelt dem Begriff „hohe Gefährlichkeit", der in den Texten über die nachträgliche Sicherungsverwahrung angewendet wird. Beispielsweise bezieht sich die Prognose für die Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung auf den Alltag im Strafvollzug – der chancenlose Betroffene ist eingesperrt und wird rund um die Uhr *panoptisch* beobachtet. Den Adressaten der akustischen Wohnraumüberwachung bleibt ebenfalls unbekannt, dass sie innerhalb ihrer privaten Wohnräume überwacht werden. Es bestehen also Analogien zwischen den hier analysierten Dispositiven und den von *von Denkowski* analysierten heimlichen Mechanismen der Überwachung und Kontrolle. In keinem dieser Dispositive sind strafprozessuale Verfahren – im herkömmlichen Sinne des Terminus – enthalten. Es werden keine ‚Verbrecher' adressiert, sondern ‚Gefahren' befürchtet und ‚Gefährder' heimlich konstruiert, beobachtet und deren Risikofaktoren in „Gefährderdateien" gespeichert. Nicht zu vergessen ist, dass diese Mechanismen ursprünglich im Bereich des polizeilichen Staatsschutzes angewendet worden sind. Die Verschiebung von Methoden und Zuständigkeiten scheint in diesem Sinne offensichtlich zu sein. *Geheimdienstliche und ausnahmeartige polizeiliche Prozedure*n werden durch die Macht

---

[945] *Von Denkowski* 2007.

[946] *Von Denkowski* 1007: 325.

[947] Vgl. *Gesetz zur Errichtung gemeinsamer Dateien von Polizeibehörden und Nachrichtendiensten des Bundes und der Länder (Gemeinsame-Dateien-Gesetz) vom 22. Dezember 2006* (BGBl. I 66, S. 3409).

[948] *Von Denkowski* 2007: 325.

der diskursiven Artikulation des Bundesverfassungsgerichts in *reguläre Strafrechtsgesetze* und in die Verfassung eingeschrieben.

Des Weiteren sind vier Auslegungsschritte des Begriffs ‚islamistischer Gefährder', welche von *von Denkowski* beschrieben werden, für diese Untersuchung hilfreich. Aus der *grammatikalischen* Auslegung leitet der Autor ab, dass „der Begriff des ‚Gefährders' einem Menschen eine mögliche schädigende Eigenschaft per se"[949] zuschreibt. „Jene Etikettierung seitens des Staates bildet eine aus der internen Sphäre des Individuums hervortretende Aura ungewisser Risikoqualität ab".[950] Sowohl die „schädigende Eigenschaft" als auch die „ungewisse Risikoqualität", die dem Individuum zugeschrieben werden, machen aus ihm mehr als nur ein gefährliches Individuum. Die ‚Risikoqualität' ist kein fixierter Zustand, sondern – wie alle Risiken – das Resultat der Rationalisierung und der erwünschten *calculability* einer zukünftigen Konkretisierung von aktuell befürchteten Schäden. Es ist ein Kompositum aus der Reaktion auf heutige Ängste und aus der Prävention vor zukünftigen Schäden. Wenn sich die Prävention nicht auf rationale erfahrungsgemäße Kalküle, sondern vielmehr auf intuitive überdimensionierte Ängste stützt, wird *precautional* vorgegangen, wie es teilweise bei der ‚Organisierten Kriminalität' zu beobachten ist. Schreckensszenarien werden vorgestellt und unverhältnismäßige Maßnahmen durchgesetzt.[951]

Nach *von Denkowski* wird, wenn auch nicht rechtlich, in polizeilichen Regelungen (z.B. ATD-Gesetz) der Begriff ‚Gefährder' als Rechtfertigung für die heimlichen Interventionen in Verknüpfung mit dem Ziel einer „optimierten Früherkennung terroristischer Strukturen"[952] angewendet. Lediglich „aufgrund der bloßen Annahme einer als dauerhaft sowie als ‚erhöht' bezeichneten ‚abstrakten' Gefährdungslage"' wird die Überwachung vollzogen.[953] Die Figur des ‚Gefährders' gilt in diesem Sinne als Chiffre und als Konstrukt, das Sicherheits- und kriminalpolitische Ziele jenseits traditioneller strafrechtlicher Grundsätze und Mechanismen erfordere und rechtfertige. Dieses Konstrukt sei nach *von Denkowski* aus *historischer Perspektive* ein seit dessen Schöpfung in den 1970er Jahren „ungeschriebenes Konstrukt".[954] Es habe allerdings erst nach dem 11. September 2001 eine breitere Verwendung gefunden. Diskursiv habe sich der Begriff jedoch weiterentwickelt und weitere begriffliche Verket-

949 *Von Denkowski* 2007: 326.

950 *Von Denkowski* 2007: 326.

951 Die Szenariotechnik (*Opitz/Tellmann* 2009) wird auch im Bereich des ‚Terrorismus' in der Begründung des *Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März* 2004 angewendet (BT-Sitzung 15/152 v. 21.01.2005, S. 14292).

952 *Von Denkowski* 2007: 326.

953 *Von Denkowski* 2007: 326.

954 *Von Denkowski* 2007: 327.

tungen konstituiert. Die Figur des ‚Gefährders' im strafrechtlichen Kontext bleibt bis heute noch ungeschrieben. In keinem der analysierten Dokumente werden die Adressaten der Maßnahmen als ‚Gefährder' bezeichnet. Erstmals wird der Begriff im Jahr 2002 mit dem Verb „gefährden" in das Terrorismusbekämpfungsgesetz[955] aufgenommen.[956] Durch diese Einschreibung werden direkte Verknüpfungen mit Ausländerfragen und Aufenthaltsgesetze erleichtert.[957] In allen Fällen gehe es darum, „relevante Zielpersonen ausländischer Nationalität effektiv zu sichern",[958] wenn sie nicht direkt abgeschoben werden können.[959] Eine *objektiv-teleologische* Auslegung führt schließlich zu dem Ergebnis, dass der Rechtsanwender „den Schutz von Leib und Leben von Grundrechtsträgern, aber auch mittelbar den Schutz des tatsächlichen Bestandes des Staates sowie der Verfasstheit seiner selbst" anstrebt.[960] Diese Absicht zeigt sich besonders bei der akustischen Wohnraumüberwachung im Strafprozess, da der Rechtsstaat selbst durch die akustische Wohnraumüberwachung vor der ‚Organisierten Kriminalität' neue Schutzmechanismen aufbaut. Die Konstruktion ‚Gefährder' gibt den ermittelnden und präventiven Behörden den notwendigen Handlungsspielraum jenseits der strafrechtlichen Prinzipien, weil es ihnen nicht um ‚Verbrecher' gehe. Interessant ist dabei, dass sowohl in den

---

[955] *Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus (Terrorismusbekämpfungsgesetz) vom 9. Januar 2002* (BGBl. I Nr.3, S. 361), geändert durch Artikel 2 vom *Gesetz zur Ergänzung des Terrorismusbekämpfungsgesetzes (Terrorismusbekämpfungsergänzungsgesetz) vom 5. Januar 2007* (BGBl. I S. 2).

[956] *Von Denkowski* 2007: 327.

[957] Vgl. z.B. die Staatspraxis der durch das Bundesinnenministerium eingerichteten Arbeitsgruppe „Statusrechtliche Begleitmaßnahmen" (AG Status), die im Rahmen des Gemeinsamen Terrorismusabwehrzentrums stattfindet und grundsätzlich vom Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) durchgeführt wird. Auf Landesebene ist das BAMF bei der aufenthaltsrechtlichen Überprüfung von ‚Gefährdern' über Außenstellen aktiv: so in Bayern in der AG BIRGiT (Arbeitsgemeinschaft „Beschleunigte Identifizierung und Rückführung von Gefährdern aus dem Bereich des islamistischen Terrorismus/Extremismus"), in Hamburg in der „Anti-Terrorismuskoordinierungsgruppe", in Rheinland-Pfalz in der „Arbeitsgruppe zur Rückführung ausländischer Gefährder" sowie in Nordrhein-Westfalen in der Sicherheitskonferenz. Vgl. dazu BT-Drs. 16/3429 vom 16.11.2006.

[958] *Von Denkowski* 2007: 327.

[959] Die AG BIRGiT „prüft und nutzt zielgerichtet alle rechtlichen Möglichkeiten, um die in Bayern lebenden islamistischen Gefährder auszuweisen und koordiniert die Umsetzung der notwendigen Maßnahmen. Dort, wo eine Abschiebung aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, wird der Bewegungs- und Handlungsspielraum der Gefährder eingeschränkt.", in: http://www.stmi.bayern.de/presse/archiv/2005/343.php (zuletzt abgerufen am 10.12.2010).

[960] *Von Denkowski* 2007: 328.

politischen als auch in den verfassungsrechtlichen Interpretationen der Gesetznovellierungen und der polizeilichen Praxis stets das Interesse für den Ausgleich zwischen Schutzpflichten und Wahrung der Grundrechtssphäre betont wird. *Von Denkowski* stellt dieses Gleichgewicht –„kraft der Unbestimmtheit des Gefährderbegriffes" – infrage.[961] *Die Sicherheitsbehörden wenden den Begriff ‚islamistischer Gefährder' an und lassen eine nähere Definition offen. Der Gesetzgeber und das Bundesverfassungsgericht wenden den Begriff nicht an und ignorieren ihn nur vordergründig, da beide Instanzen an dem Konstrukt ‚Gefährder' mitgewirkt haben.*

Ein weiterer wichtiger Punkt in der Genealogie des Konzepts ‚islamistischer Gefährder' ist das sogenannte BKA-Gesetz,[962] das polizeiliche Befugnisse erweitert und unterschiedliche strafprozessuale Mittel einführt. Zur Zeit der genehmigten Interventionen ist keine Tatbegehung erforderlich – reine *gefährdende und unsicher-machende* ‚Risikofaktoren' rechtfertigen die Intervention.[963] Die Erweiterung der Anwendungsbereiche wird auch im strafrechtlichen Bereich von *Tonio Walter* festgestellt. Der Autor beurteilt den Entwurf eines *„Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten"* kritisch,[964] da es durch eine deutliche Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht mehr um Unrecht und Schuld, sondern um ‚Gefahren' geht.[965] Eine aktualisierte Fassung des Entwurfs ist mittlerweile zum Bundesgesetz geworden.[966]

---

961 *Von Denkowski* 2007: 328.

962 *Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt vom 25. Dezember 2008* (BGBl. I Nr.66, S. 3083).

963 Über das BKA-Gesetz siehe *von Denkowski* 2008, *Thiede* 2008.

964 Entwurf vom 14.01.2009 (Bundeskabinett). In dem Entwurf ist die Schaffung von zwei Straftatbeständen vorgesehen: § 89a StGB *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat* und § 91 StGB *Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*. Zur ausführlichen Kritik des Entwurfes siehe *Radtke/Steinsiek* (2008: 384): „Eine solche Bündelung präventiver Elemente in der Strafverfolgung ist sowohl im zeitlichen Ausmaß als auch in der Anzahl der sanktionierten Handlungen dem deutschen Strafrecht bisher fremd.". Ähnlich auch *Sieber* 2009; *Rackow* 2010: 616 f.. Am 28. Mai 2009 wurde das Gesetz nach dem Gesetzentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD (*"Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten"*, BT-Drs. 16/11735 vom 27.01.2009) im Bundestag verabschiedet und am 10. Juli 2009 vom Bundesrat bestätigt (BR-Drs. 69/09).

965 *Walter* 2008. *Rackow* (2010: 620) betont diese Aussage in seinem Kommentar kritisch aus strafrechtlicher Perspektive: „Dass die Sorge, die (alleinige) Rechtfertigung von Verboten der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten im Hinblick auf das Rechtsgut der inneren Sicherheit könne in Beliebigkeit führen, nicht aus der Luft gegriffen scheint, zeigt sich in der Begründung des Regierungsentwurfs; dort liest man (zu § 89a Abs. 1 [BT-Drs. 16/11735, S. 12.]): ‚Die innere Sicherheit wird in der Regel beeinträchtigt sein, wenn die vorbereitete Tat, so wie der Täter sie sich vorstellt, nach den Umständen geeignet wäre, das innere Gefüge eines Staates zu beeinträchtigen. Dabei reicht es jedoch aus, wenn durch die Tat zwar nicht die Funktionsfähigkeit des

5.1.2. Der ‚Gefährder' als eine Figur des Strafrechts

Während für den Terrorismus der Begriff ‚Gefährder' ausdrücklich angewendet und teilweise definiert wird, wird er für die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung der ‚Gefährder' in den Gesetzen und Urteilen des Bundesverfassungsgerichts *unausgesprochen* konstruiert. Der Diskurs des Strafrechts kommt in einer *diffusen und angreifenden* Form und in der Materialisierung des Strafsystems zum Ausdruck: *diffus in der Konstruktion der Adressaten, angreifend in der Form der Reaktion. Stolle* hat dieses präventive *(quasi precautional)* Recht ähnlich beschrieben: „Prävention im Sinne von Risikoerkennung und Risikoabwehr bedingt damit eine weit reichende Vorverlagerung staatlicher Eingriffsbefugnisse."[967] *Es geht nicht lediglich um ‚Risikomanagement' (‚Risikoerkennung', ‚Risikoberechnung' und ‚Risikoverwaltung'), sondern auch um die angreifende Abwehr gegenüber allen möglichen Schäden, die durch die ‚Risikoerkennung' berechenbar gemacht werden. Das Strafrecht bildet zusammen mit dem ‚Risikomanagement' und der ‚Gefahrenabwehr' ein diskursives Kontinuum, das im ‚Gefährdungsrecht' zum Ausdruck kommt. Dieses ‚Gefährdungsrecht' konkretisiert ‚Feinde', ‚Verbrecher', ‚Gefahren' und ‚Risiken' in einer einzigen Figur, die von ihm modellierte Figur des ‚Gefährders'.*[968] In eine ähnliche Richtung geht auch die Aussage von *Heinrich*: „Wer aber Kriminalität mit den Sanktionen des Strafrechts nicht nur ‚ahnden', sondern auch ‚bekämpfen' will, der verlagert den Schwerpunkt von repressiver Sanktion hin zu in erster Linie präventiven Maßnahmen, der ahndet nicht mehr Unrecht und Schuld, sondern betreibt Kriminalitätsvorsorge".[969]

Staates und seiner Einrichtungen in Mitleidenschaft gezogen wird, aber die Tat durch den ihr innewohnenden Verstoß gegen Verfassungsgrundsätze ihren besonderen Charakter gewinnt. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn das Vertrauen der Bevölkerung erschüttert wird, vor gewaltsamen Einwirkungen in ihrem Staat geschützt zu sein.' Es soll sich also vom Wirkpotenzial der vorbereiteten Tat – und zwar nach Maßgabe der Vorstellung des Täters! – darauf schließen lassen, dass bereits ihre Vorbereitung die innere Sicherheit ‚beeinträchtigt'.". Siehe auch kritisch über die Vorverlagerung der Strafbarkeit in Bezug auf den Terrorismus *Weißer* 2009: 160. Über den Unterschied zwischen den Gefährdungs- und den Vorbereitungstatbeständen behauptet *Heinrich* (2009: 125), dass es beim ersten vom „Zufall" abhängt, ob eine Handlung zu Schaden kommt oder nicht, beim zweiten wird das Rechtsgut „nicht unmittelbar [gefährdet], weil allein der potentielle Täter entscheidet, wann und ob er ‚zur Tat' schreitet".

966 *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* vom 30. Juli 2009 (BGBl. I, 49, S. 2437).

967 *Stolle* 2008: 131. Über die „präventiven Elemente", die der deutsche Gesetzgeber im Strafrecht „verankern" will, siehe auch *Heinrich* 2009: 121.

968 Ähnlich auch *Walter* 2008.

969 *Heinrich* 2009: 122.

Diese Vorstellung drückt sich in der diskursiven Äquivalenz von Strafrecht, ‚Gefahrenabwehr' und in den scheinbaren Grenzen des Rechts aus: „In solch einem neuartigen polizeirechtlichen Vorverfahren des Strafprozesses steht ein potentieller Beschuldigter als Feind rechtlos außerhalb des Rechts".[970] Eine konkrete Betrachtung der Figur des ‚Gefährders' und der Rechtsfrage lässt andere weniger sichtbare Aspekte der Rechtsgrenzen und der diffusen Zonen, in denen ‚Gefährder' formiert werden, erkennen.

5.1.2.1 . Die Figur ‚Gefährder'

Beim ‚Gefährder' handelt es sich nicht um Subjekte, von denen „Gefahren ausgehen",[971] ‚gefährlicher' Verbrecher, sondern um Konstrukte, die als Summe gefährdender Faktoren und Merkmale entstanden sind. Es handelt sich um die Materialisierung einer Verflechtung multipler gefährdender ‚Risikofaktoren'. Durch dieses Verständnis rückt das ‚Gefährdungspotenzial' in den Vordergrund und das Subjekt löst sich auf.

‚Gefährder' verkörpern ‚Risiken', während ‚gefährliche Verbrecher' seit je her mit materiellen und körperlichen Schäden in Beziehung gesetzt werden, entweder aufgrund der Ursachen oder aufgrund der Folgen: psychische Störungen, Gehirn*deformation*,[972] Atavismus,[973] ‚Gewalttätigkeit' etc. *Der ‚Gefährder' wird dagegen als eine Figur konstruiert, bei der weder die Ursachen noch die Folgen materieller und körperlicher Aspekte in Betracht kommen müssen*: Mithilfe vom Konzept der ‚Organisierten Kriminalität' wird ein ‚Gefährder' geschaffen, der über keine

[970] *Von Denkowski* 2007: 332.

[971] Wie schon ursprünglich in § 62 StGB vorgesehen war und teilweise vom Bundesverfassungsgericht behauptet wird (BVerfGE 109, 133, S. 173 f.). Siehe in diesem Sinne auch *Cobler* (1976) mit dem Werk *Die Gefahr geht von den Menschen aus*, in dem der Autor das Instrumentarium, das sich bereits seit 1950 gegen die politische Kriminalität anwendet, ausführlich analysiert. Interessant ist dabei, dass die von ihm im Jahr 1976 erwähnten staatlichen Verteidigungsdispositive keinesfalls an Bedeutung verloren haben und nicht ausschließlich im „politischen" Strafrecht erhalten geblieben sind. Sie sind vielmehr heute im substantiellen Strafrecht, im Strafprozessrecht und im Maßregelrecht zu finden. Die Aktualität der Arbeit ist dadurch interessant, wenn der Autor von Emotionalisierungen, von der Perfektionierung der Überwachung, vom Strafrecht als Kampfmittel oder von der Militarisierung der Polizei schreibt. In der Arbeit sind allerdings keine Hinweise enthalten, die den staatlichen Zugriff auf Risikokalkulationen für Präventionsaufgaben hervorheben, was einen zentralen Unterschied zu gegenwärtigen kriminalpolitischen Formen zeigt.

[972] Grundlegend über diese Frage in der Vergangenheit und in der Gegenwart siehe *Krauth* 2008.

[973] Vgl. *Lombroso* 1887, *Ferri* 1966.

körperliche und psychische Störung als Ursache für seine Handlungen verfügt und auch keinen Körper – zumindest nicht unbedingt – als Objekt für die Folgen der Handlung schädigt. Unter den Folgen der „Handlung" der ‚Organisierten Kriminalität' sind oft nur die Folgen ökonomischer und politischer Natur relevant. So, Wiederholungstäter im Bereich der Wirtschaftskriminalität wurden auch als mögliche Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung berücksichtigt.[974] Bei dem ‚Gefährder' geht es im weitesten Sinne um ‚Risikobündel' und ‚Bedrohungslagen'. Die Figur des ‚Gefährders' bleibt nicht unbedingt in der Frage des Körpers gefesselt, weil die Erkennung und Berechnung von ‚Risiken' nicht auf eine unmittelbare konkrete Körperlichkeit, sondern auf abstrakten Faktoren basiert.[975]

Die Schäden, die von einem ‚Gefährder' zu erwarten sind, dürfen daher *nicht unbedingt als Folge einer physisch kausalen Ursache* gesehen werden. Ein „gefährlicher Mensch' kann töten, vergewaltigen, entführen etc. Diese Taten mögen kausal vorausgesehen und dementsprechend zugeschrieben werden können. Der Figur des ‚Gefährders' wird nicht unbedingt die kausale Verursachung von Schäden zugewiesen, sondern das hypothetische eventuelle Eintreten von Schäden, die unter anderem bestimmten ‚Risikofaktoren' zuzuschreiben sind. Bei der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung lässt sich keine kausale Bindung zwischen der Anlasstat, dem Verhalten im Gefängnis und der eventuell zukünftigen Schäden herstellen, die für die Sicherheit der Allgemeinheit befürchtet werden. Kann eine eventuell zukünftig schwere Tat mit der Verweigerung einer Therapie in der Haftanstalt oder mit einem feindseligen Verhalten gegenüber den Haftbeamten in eine kausale Verbindung gebracht werden? Das ‚Risikokonzept', das die Zuschreibung von „unintendierten" bzw. „latenten" Nebenfolgen[976] ermöglicht, kann in diese Richtung verstanden werden: Wenn etwa bei der Untersuchung eines Geldwäschedelikts im Bereich der ‚Organisierten Kriminalität' Behörden bzw. Politiker involviert sind und es zu Korruptionsfällen kommt, werden diese Fälle zu der ‚Organisierten Kriminalität' gezählt, auch wenn möglicherweise zwischen *Geldwäsche* (§ 261 StGB) und *Bestechung bei den Untersuchungen* (§§ 334, 335 StGB) keine kausale Verbindung besteht. So werden die der ‚Organisierten Kriminali-

[974] So im Gesetzentwurf des Bundesrates (E-Bundesrat, Drs. 15/3146), in dem die Sicherungsverwahrung auch für Fälle gefordert wird, in denen zu erwarten ist, dass ein „schwerer wirtschaftlicher Schaden" angerichtet wird (S. 2).

[975] Vgl. *Castel* 1983: 59.

[976] Grundlegend in *Luhmann* 1991 über die „unintendierten" Nebenwirkungen; *Beck* (1986: 26) spricht eher von den „latenten" Nebenwirkungen. Ausführlich zu diesen Konzepten siehe *Prittwitz* 1993: 54 ff.

tät' zugeschriebenen ‚Risiken' auch als ‚Schwächung der rechtsstaatlichen Strukturen' oder als Gefahr für die ‚Rechtssicherheit' beschrieben.[977]

Der ‚Gefährder' wird aufgrund der ihm zugeschriebenen ‚Gefährlichkeit' und ‚Risikofaktoren' verantwortlich gemacht.[978] Es wurde bereits gezeigt, dass dieser Begriff ‚Gefährlichkeit' mit dem diskursiven Sinn des ‚Risikos' aufgeladen wird. Der ‚Gefährder' wird nicht nur für die Schäden, die er tatsächlich verursachen könnte, sondern auch für die Faktoren, die ihn zu einem ‚Gefährder' erklären, verantwortlich gemacht. Außerdem wird die Verweigerung einer Therapie im Gefängnis als ‚Risikofaktor' betrachtet,[979] der dazu führen könne, dass ein Gefangener zum ‚Gefährder' werde. Er wird als eine Figur konstruiert, die „eine derartige Häufung von Risikofaktoren auf sich" vereinigt, dass „eine Gefahr sicher prognostiziert werden"[980] könne. Er wird dadurch für seine ‚Gefährlichkeit' und für die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung verantwortlich gemacht.[981] Auch diejenigen, die als Mitglieder organisierter Banden untersucht werden, seien dafür verantwortlich, als „riskant" angesehen zu werden. Die Zuweisung der Verantwortung ist gerade ein Aspekt, der das ‚Risiko' von der ‚Gefahr' unterscheidet.[982] Anders als im Fall des ‚gefährlichen Verbrechers' geht es hier allerdings nicht um die „Verantwortlichkeit *ohne* Schuld",[983] d.h. um die Verantwortung für eine Tat, ohne schuldig für die Tat zu sein. Diese Art der Verantwortung ist in Frankreich aus der zivilen *Causalhaftung*[984] entstanden und war bereits in der Zeit von *Franz von Liszt* umstritten. Sie hat ihm sehr viel Kritik eingehandelt, als er dieses System in Deutschland einführen wollte.[985] Bei dem ‚Gefährder' geht es eher um die Verantwortung für die Faktoren, die als ‚Risiko' konstruiert wer-

977 Vgl. BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19536; BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17704.

978 Über die Frage der strafrechtlichen Verantwortung in den deutschen Diskussionen vom Ende des 19. Jahrhunderts siehe *Wetzell* 2000: 73 ff., 79 ff. Die Abschaffung der Vorstellung der strafrechtlichen Verantwortung wurde damals unter dem Einfluss der *Scuola Positiva* abgewogen und stark von *Franz von Liszt* vertreten.

979 BVerfGE 109, 133, S. 161 f.

980 BVerfGE 109, 133, S. 158. Das Gericht bezieht sich auf die Begründung des Gesetzgebers.

981 BVerfGE 109, 133, S. 161.

982 Ähnlich auch *Krasmann* 2003: 113, die u.a. mit *Luhmann* argumentiert.

983 *Krasmann* 2003: 125.

984 Siehe dazu *Krasmann* 2003: 121; *Andriopoulos* 1996: 63 ff. Über die Verbindung zwischen der „probabilistischen Figur der Gefährlichkeit" und die „Technologie der *Regulation* sozialer Risiken" siehe S. 68. Die Entwicklung der französischen zivilrechtlichen *Causalhaftung*, die später ins Strafrecht übernommen wird, ist ausführlich von *Foucault* (1988) dargestellt worden.

985 Vgl. *Andriopoulos* 1996: 89.

den. Es geht nicht um die Verantwortung eines Täters für einen Mord, auch wenn er – wegen einer psychischen Störung – nicht schuldig ist. Es geht um die Verantwortung für die Möglichkeit, als eventueller Mörder (wegen Verweigerung der Therapie, wegen unangepasstem Verhalten im Gefängnis) bzw. als Unsicherheitsfaktor betrachtet zu werden (‚Ausländer', ‚wirtschaftlich skrupellos'). *Enrico Ferri* sah die Verantwortung als eine „soziale" Verantwortung, die unabhängig von jeder Schuld war: Jeder, der in der Gesellschaft lebt, sollte sich für seine Taten und Handlungen verantworten.[986] Der Unterschied zwischen dieser Verantwortung und der Verantwortung, die dem ‚Gefährder' zugewiesen wird, liegt aber gerade darin, dass *der ‚Gefährder' nicht unbedingt für Taten und Handlungen, sondern auch für Zustände und prognostizierte eventuelle Schäden präventiv verantwortlich gemacht wird*: ‚Ausländer' zu sein ist ein ‚Risikofaktor', der in das Raster der ‚Organisierten Kriminalität' passt; ‚Muslim' zu sein ist ein anderer ‚Risikofaktor', der dem Raster des ‚Terrorismus' angehört. Auf der Basis dieser und anderer Faktoren werden dem ‚Gefährder' entweder die weitere Einsperrung nach der Strafe angeordnet oder vor dem offenen Prozess bestimmte Rechte verweigert.

Die *gefährdenden* Faktoren werden allerdings immer nur unbestimmt geschildert, weil sie nur durch das instabile und kontingente Verständnis von (Un-)Sicherheit mitkonstruiert werden. Die individuellen Merkmale, die durch den Rückblick in die Vergangenheit und durch die Prognose in die Zukunft konstruiert werden, verbinden sich mit einem aktuellen Sicherheitsbedürfnis und zeigen sich dabei als Opposition und Negation des Sicherheitsversprechens. In Bezug auf die ‚Organisierte Kriminalität' gibt es immer noch keine Klarheit darüber, welche ‚Gefahren' sie tatsächlich darstellt. Es werden immer mehr Bedrohungsszenarien geschildert, die trotz ihrer Unterschiede mit der Figur der ‚Organisierten Kriminalität' verbunden sind. Diese Figur ist eine Verflechtung von *gefährdenden* Merkmale, die den ‚Bürger', die ‚Wirtschaft' und im Ernstfall sogar den ‚Rechtsstaat' in Unsicherheit bringt. Sie handelt dann gewalttätig oder im Verborgenen am Schreibtisch. Sie wird schließlich als unbestimmte Negation der Sicherheit der Allgemeinheit konstruiert. Dieser ‚Gefährder' kann im Gegensatz zu einem ‚Verbrecher' jederzeit anders konstruiert werden. Sie gelten nicht als ‚anormale', sondern werden als ‚diffuse' Figuren angesehen.

‚Gefährliche Menschen' und ‚hoch gefährliche Verbrecher' sind seit je her als „Anormale" betrachtet worden. Viele Studien haben sich der Frage der Anormalen gewidmet, die im Folgenden kurz dargestellt werden. Paradigmatisch ist der ‚geborene Verbrecher' von *Lombroso*, der von Natur aus in einer

[986] Vgl. *Ferri* 1896; dazu *Sellin* 1960, *passim.*

gefährlichen Form anders als die übrigen Gesellschaftsmitglieder sei.[987] Dies gilt für ‚Sexualtäter', ‚Psychopaten' und ‚Serienmörder'. Alle diese Begriffe sind eng mit der Vorstellung des ‚Anormalen' und einer körpergebundenen unberechenbaren ‚Gefahr' vielmehr als mit der Idee eines abstrakten Risikos verbunden.[988] *Der ‚Gefährder' wird dagegen nicht unbedingt als ‚anormal' konstruiert.* Ein Mitglied einer kriminellen Vereinigung, die Geld wäscht, wird im Diskurs nicht als ‚anormal' konstruiert. Ein Wiederholungstäter muss nicht unbedingt als ‚anormal' angesehen werden, ebensowenig ein ‚Ausländer' oder ein ‚Schläfer'. Sobald sie allerdings als ‚Risikobündel' konstruiert werden, gehören sie nicht länger zur Gesellschaft. Sie sind fremd, aber nicht unbedingt anders. Eine bildhafte Aussage, die bereits von Richtern gesagt worden sein soll, lautet: "You have forfeited your right to live among us."[989] Sie waren bislang unter uns, sie dürfen aber nicht länger unter uns sein und wie wir behandelt werden. Für einen Gefangenen, der bei der Tat eine besondere „Gefährlichkeit" geäußert hat oder der im Urteil als eventuell „Gefährlicher" betrachtet wurde, wird entweder gleich eine Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten, in der Zukunft eine Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn die befürchtete ‚Gefährlichkeit' sich tatsächlich äußern sollte. In beiden Fällen wird die Möglichkeit der prognostizierten ‚Gefahr' unmittelbar mit der Anlasstat verbunden. Bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung dagegen werden einem Gefangenen, der bislang ein „normaler Verbrecher" war und der keine besonderen Gefährlichkeitssignale während der Tat geäußert hat, während der Haftzeit hoch riskante Merkmale zugeschrieben. Präventiv wird sein Freiheitsanspruch blockiert und seine Einsperrung ohne vorhergehende Warnung verlängert. Ein ‚normaler Verbrecher' kann jederzeit als ‚Gefährder' bezeichnet und in den erweiterten vorsorglichen Präventionsprogrammen des Strafsystems eingebunden werden.

Jedermann kann in das Raster des präventiven Strafsystems fallen. Die Mittel und Ziele dieses Systems sind *diffuser* geworden, und so auch die Adressaten. Ein *traditionell* ‚gefährlicher Verbrecher' wird nach der strafrechtlichen Intervention individuell beurteilt bzw. behandelt. Ein ‚Gefährder' wird dagegen, schon bevor eine offene strafrechtliche Intervention stattfindet, unter Überwachung gestellt und in den Registern der Behörden aufgelistet, und ebenso sein Bekanntenkreis. Diejenigen, die mit ihm Kontakt aufnehmen, fallen unter das Präventionsraster der Behörden und werden untersucht und

---

[987] Vgl. *Lombroso* 1887.

[988] Ähnlich auch *Donzelot* 1995: 54 f.; *Lemke* 1997: 235; *Krasmann* 2003: 124; *McCallum* 1998. Hier seien deshalb grundsätzlich die „fürsorgenden, medizinisch-hygienischen, psychiatrisch-therapeutischen Maßnahmen im Vordergrund (Vgl. *Krasmann* 2003: 124).

[989] *Simon* 2001: 129.

als ‚Gefährder' konstruiert.[990] ‚Risikofaktoren' multiplizieren sich *ad infinitum* und so auch die Mittel, um sie immer noch regierbar zu halten und schneller bekämpfen zu können. Es geht nunmehr um eine *diffuse* Gestalt, die trotz ihrer Diffusion als Adressat des Strafrechts anerkannt wird und strafrechtliche Interventionen begründet. Beim ‚Gefährder' geht es deshalb nicht um einen konkreten ‚gefährlichen Verbrecher' und nicht um einen bestimmten ‚Feind'. Es handelt sich vielmehr um einen „diffusen Gegner".[991] Die Vorschriften (Tatbestände, strafprozessuale Regeln) sind „vage und konturlos",[992] sodass sie nicht unbedingt auf die bestimmte Bestrafung einer konkreten Tat abzielen, sondern vielmehr den Anlass für eine offensive Verfolgung gewährleisten.

Der ‚Gefährder' kann demzufolge als eine Figur und ein Konstrukt verstanden werden, das als Folge eines dreifachen Mechanismus entsteht: Reaktion – Prävention – Reaktion. Das ungesättigte Sicherheitsbedürfnis definiert Sicherheitslücken und macht sie zugleich sichtbar. Auf diese Sicherheitslücken reagiert der Staat, indem man diesen Lücken bestimmte Formen gewährt und sie als ‚Gefährdungsfiguren' artikuliert. Diese ‚Gefährdungsfiguren' bzw. ‚Gefährder' werden präventiv konstruiert und danach reaktiv mithilfe rechtlicher Dispositive verfolgt. Der ‚Gefährder' ist das komplexe Ergebnis von Reaktionen auf Sicherheitslücken und Unsicherheitsgefühle,[993] eine Prävention vor geschilderten und befürchteten Risikokonkretisierungen und eine kriegsähnliche Reaktion zum Zweck der Neutralisierung. Die letzten Aspekte in der Differenzierung zwischen ‚Verbrecher' (bzw. ‚gefährlichem Verbrechern') und ‚Gefährder' werden hier *Fahndung* und *Instrumentarium* genannt.

Erst wenn ‚gefährliche Menschen' auffällig oder als anormal in Erscheinung getreten sind, geraten sie in Kontakt mit strafrechtlichen Dispositiven oder in die Maschen des Strafsystems. *Nach dem ‚Gefährder' wird dagegen vom Strafsystem gefahndet.* Das Strafsystem befasst sich mit ihm bzw. strafrechtliche Dispositive werden an ihn gerichtet, nachdem gewisse ‚Risikoraster' ausführlich entwickelt worden sind und anschließend nach diesem Raster gefahndet wird. Eine Metapher von *Ulrich Beck* ist hier hilfreich: Überall dort, „wo der Ursachen suchende Scheinwerfer hinfällt",[994] werden Handlungen und Zustände als schadensträchtig wahrgenommen. *‚Gefährder' werden dann konstruiert,*

---

990 Vgl. *Stolle* 2008.

991 *Michael Roes* im Gespräch, *„Der Feind ist nicht außen"*, in: *Freitag, Nr. 39* vom 21.01.2001.

992 *Prantl* 2009.

993 Diese Aussage könnte eine Erklärung dafür bieten, warum das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung über die verschärften Bedingungen einer Sicherungsverwahrung (BVerfG 109, 133) die Ziele des Gesetzgebers ohne Weiteres angenommen hat: Die Senkung des Unsicherheitsgefühls sei gleichzusetzen mit der Senkung der Gewaltkriminalität. Über das Sicherheitsgefühl siehe auch *Kötter* 2004.

994 *Beck* 1986: 42.

wenn der „Ursachen suchende Scheinwerfer" nicht lediglich eine Identifizierungs- und Konstruktionsfunktion vornimmt, sondern wenn dieser Scheinwerfer sich dazu mit einem offensiven Instrumentarium verbindet: Überall dort, wo der Scheinwerfer des ‚Gefährdungsrechts' „hinfällt", folgt ein Angriff.

Das Instrumentarium dieser Fahndung wird aus einem doppelten Grund immer umfangreicher: aufgrund der immer mehr verbreiteten Multiplizität von Risiken, die dem ‚Gefährder' zugeschrieben werden, und aufgrund des Interesses, sie immer früher und effektiver ausschalten zu können. Das Strafrecht greift deshalb auf andere – bisher als fremd zum Strafrecht betrachtete – Diskursen und Medien zurück. Die Figur des ‚Verbrechers' und des ‚gefährlichen Verbrechers' werden grundsätzlich von den Diskursen des Strafrechts und der Psychiatrie und Medizin konstituiert. Die Figur des ‚Gefährders' entsteht zwar auch aus einer Zusammensetzung von den Diskursen des Strafrechts und der Psychiatrie, jedoch treten andere Diskurse in den Vordergrund und vermischen sich miteinander. Die Bekämpfungslogik des Krieges mit Mitteln und Zwecken des Militärs und der Sicherheitsdienste sowie die Logik des Risikomanagements verstricken sich bei der Konstitution eines ‚Gefährders'. Die Sicherungsverwahrung hatte in diesem Sinne mit ‚gefährlichen Verbrechern' zu tun: Sie war noch relativ anlassabhängig. Eine nachträgliche Sicherungsverwahrung dagegen fügt *vorsorgliche Elemente* zu ihrem Instrumentarium hinzu, die sogar für die zweite Spur des Strafrechts neu sind: Verfassungsrechtliche Garantien werden relativiert und die Einsperrung wird nachträglich und abgekoppelt von der Anlasstat nach Risikofaktoren, die im Gefängnis relativ leicht zu finden sind, beschlossen. Jeder Gefangene, der wegen einer „schweren" Tat im Gefängnis ist, kann – nach dem Strafrechtsdiskurs – Adressat einer nachträglichen Sicherungsverwahrung sein.[995]

5.1.2.2. Das Recht, das ‚Gefährder' schafft

Wie in der Analyse bereits ausgeführt, werden strafrechtliche Prinzipien und Garantien gegenüber den ‚Gefährdern' nicht angewendet bzw. sie werden *umformuliert.* Sogar verfassungsrechtliche Grundsätze, die für ‚Bürger' und ‚Verbrecher' gelten, können von ‚Gefährdern' nicht beansprucht werden. Dieses ‚Gefährdungsrecht' bezweckt nicht die Bestrafung von ‚Verbrechern'. Im Diskurs drückt sich dieses ‚Gefährdungsrecht' wie folgt aus:

Gewalttätig: Das Strafrecht, das ‚Gefährder' konstruiert, zeigt sich sowohl im Parlament als auch in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts gewalttä-

[995] Siehe aber die neue Rechtslage, die aus dem Diskurs der Menschenrechte entstanden ist (*supra* FN 432 und FN 444 und Haupttext).

tig, weil strafprozessuale und verfassungsrechtliche Rechte aufgehoben, Freiheitsrechte stark eingeschränkt und daher unmittelbare Angriffe in Persönlichkeitsrechte ermöglicht werden (in Bezug auf den Körper bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung, in Bezug auf die Intimsphäre bei der akustischen Wohnraumüberwachung). Die „kategoriale" Trennung, die *Jakobs* zwischen „Straf*recht* und bloßer Straf*gewalt*"[996] vornimmt, erscheint im ‚Gefährdungsrecht' aufgehoben. ‚Gefährdungsrecht' ist immer noch *Recht*. Es ist allerdings zugleich *Gewalt*, und zwar eine unmittelbar angreifende physisch wirkende und nicht zu widerstehende Gewalt.

Nicht distanziert: Die Gewalttätigkeit des ‚Gefährdungsrechts' wird aufgrund mangelnder Distanz verstärkt. Sowohl in der Form, *wie dieses Recht gesprochen wird*, als auch in der Form, *wie dieses Recht handelt*, kommen die Unmittelbarkeit und Nichtneutralität des ‚Gefährdungsrechts' zum Ausdruck.

Polizeilich: Konkret polizeiliche Gesetze, die für verfassungswidrig erklärt werden, werden vom Bundesverfassungsgericht als Vorbild für ein Bundesgesetz angenommen. Auf diese Weise werden wie bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung sicherungspolizeiliche Gesetze, die aufgrund einer ‚Ausnahme' verabschiedet wurden, in allgemein gültige strafrechtliche Bundesgesetze umformuliert. Polizeiliche (geheimdienstliche) Untersuchungsmittel zur ‚Gefahrenabwehr' werden wie bei der akustischen Wohnraumüberwachung als strafprozessuale Mittel für die Beweismittelgewinnung eingesetzt.

Formal: Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung werden durch formal legale Schritte verabschiedet und kontrolliert (parlamentarische Entwürfe und Beratungen, Verfassungsänderungen, Überprüfungen des Bundesverfassungsgerichts), die ihnen Legalität und Gültigkeit verleihen. Diese Formen schreiben neue Formen des Rechts ein und institutionalisieren kontingente (Un-) Sicherheitswahrnehmungen und Exklusionsmechanismen. Diese Rechtsformen materialisieren ein Recht, das sich durch formale Wege als regulär etabliert und Regularitäten und Wiederholungen im Diskurs fixiert.

Biopolitisch: Diese Dispositive des Strafrechts zeigen sich einer biopolitischen Regierungsform zugehörig.[997] Das Recht folgt hier der regulierenden und lebenserhaltenden Norm, die allerdings nicht nach der Verfassung oder nach den Prinzipien des (Rechts-)Staates bestimmt ist, sondern biopolitischen Bedürfnissen der Gesellschaft und ihrer institutionellen Ordnung folgt. Die ‚Sicherheit' als Hauptzweck und Begründung der staatlichen sozialen Organi-

---

[996] *Jakobs* 2000: 55.

[997] Die Biopolitik als Machtsstrategie, die sich in den analysierten Dispositiven herauskristallisiert, wird im nächsten Kapitel untersucht. Die Bezeichnung entspricht dem Konzept von *Michel Foucault* (insbes. 1999a, 2003, 2004a), der diesen Begriff geprägt hat.

sation verkörpert sich in Diskursen. Diese streben die‚Verteidigung' der ‚Eigenen' durch die Bekämpfung und die Ausschaltung jeglicher existentieller Bedrohungen an. Rechtliche Formen werden dabei von der Norm generiert.

Diffus: Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung sind in einer diffusen Form konstruiert worden. Sie respektieren das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot nicht: Ohne konkret definierte Maßstäbe kann eine Sicherungsverwahrung nachträglich angeordnet werden; der lange Tatenkatalog[998] für die Anwendung der akustischen Wohnraumüberwachung macht die Maßnahme praktisch in jedem Prozess anwendbar. „Dabei stehen heute weniger einzelne Abweichungen im Zentrum, sondern eine abstrakte und diffuse Gesamtentwicklung, die bedrohlich erscheint."[999] Der Adressatenkreis wird durch die Zwecke dieser Dispositive definiert: Diejenigen, die die allgemeine Sicherheit eventuell *gefährden* könnten, werden *vorsorglich* vom Strafrecht erreicht. Die Anwendungsform dieses ‚Gefährdungsrechts' ist auch nicht definierbar, weil es keine definierten Umsetzungsregeln gibt: Weder die vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Indikatoren für die verfassungsrechtliche Anwendung einer akustischen Wohnraumüberwachung noch die unbestimmten Risikofaktoren, die ausgehend vom Verhalten im Gefängnis eine Begründung für die nachträgliche Anordnung einer Sicherungsverwahrung sein könnten, bedeuten eine normative und tatsächliche Begrenzung der Strafrechtsumsetzung.

Vom BVerfG konstituiert: Bei der Überprüfung der analysierten Dispositive hat das Bundesverfassungsgericht seine doppelte Rolle offenbart: Es agiert *einerseits* als *konstituierte Gewalt*, d.h. als eine Instanz, die die Aufgabe der Erhaltung längst etablierter Institutionen im Staat reguliert.[1000] Das Gericht handelt *andererseits* als *konstituierende Gewalt*, die neue Ordnungen schafft. Bei der Interpretation der Verfassung, welche die Prinzipien des Rechtsstaates verkörpert, sowie bei der Überprüfung der verfassungsrechtlichen Anpassung des Strafrechts hat das Bundesverfassungsgericht neue Meilensteine der staatlichen Macht, ihrer Mittel und ihrer Ziele gesetzt, die nicht unbedingt den bislang anerkannten Grundsätze entsprechen. Sie wurden umgedeutet und neu geschrieben.

Ausnahmeartig: Bei beiden Dispositiven wird sichtbar, dass das ‚Gefährdungsrecht' in einem „Notstand" begründet und als „Ausnahme" gerechtfertigt wird. Es folgt allerdings keine Ausnahmelogik. Die Dispositive sind in formal regulären Verfahren diskutiert und in regulären Gesetzgebungsformen

---

[998] Vgl. §100 StPO.

[999] *Singelnstein/Stolle* 2008: 35.

[1000] Diese Differenzierung geht auf die Arbeit von *Walter Benjamin* (1965) zurück.

verabschiedet worden;[1001] ihnen wurden keine zeitliche bzw. räumliche Begrenzung gesetzt; sie können in einer undefinierten Zahl von Fällen umgesetzt werden, weil die Tatkataloge langen Listen von Tatbeständen berücksichtigen und qualitativ unbestimmte Grenzen setzen. In diesem Sinne sind sie keine Ausnahme. Nach *Agamben* können diese Dispositive allerdings als Ausnahme betrachtet werden, d.h. nicht in der Richtung, die Politiker und Bundesverfassungsgericht dem Begriff ‚Ausnahme' gegeben haben: Das Recht hebt sich selbst auf und räumt der ‚Ausnahme' (‚*Rechtlosigkeit*') innerhalb des Rechtes einen Platz ein.[1002]

In dieser Form zeigt sich der Strafrechtsdiskurs während er durch ihre Sprecher (Abgeordnete, Bundesverfassungsgericht) konstruiert wird. Diese Formen sind dem traditionellen Strafrecht fremd. Eine solche Behauptung benötigt allerdings eine ausführliche Analyse, die in Kapitel 6 vorgenommen wird. Vorher ist es dennoch notwendig, ein paar weitere Aspekte zu betrachten, die als Kontext zum Problem des Strafrechts zu verstehen sind.

5.2. Strafrecht im Kontext: Sicherheit, Rechtsstaat, und das Bundesverfassungsgericht

Das ‚Gefährdungsrecht' drückt sich in einer Form aus, die das Strafrecht bis zu den Grenzen des Rechts erweitert und sich sogar über diese hinaus auszudehnen scheint.[1003]

> *„Die hier thematisierten neuen Kontrollformen begründen den Zugriff auf Subjekte nicht mit der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit eines missbilligten Verhaltens, sondern mit der Gefahr, welche diesem anhaftet. An die Stelle von strafrechtlichen Sanktionen nach sich ziehenden Kriminalisierungspraktiken treten hier gewissermaßen Securitisierungs-Praktiken, die einer Logik der Gefahr folgen und Kontrollformen und Maßnahmen an den Grenzen des (Straf-)Rechts begründen. Securitisierungs-Praktiken lassen sich innerhalb des alten Referenzrahmens der Kriminologie nicht mehr analysieren.*

[1001] Deutlicher wird dieses Argument, wenn man ihn mit der Situation in Großbritannien vergleicht: "The politics of security is no longer exceptional, it is normal […] Elite political discourse has turned away from the spectacle of the emergency and instead towards an ongoing political project of 'winning hearts and minds'" (*Neal* 2007: 4).

[1002] Zur Analyse dieser Ausnahme, die im nächsten Kapitel vorgenommen wird, siehe *Agamben* 2002 und 2004.

[1003] Vgl. für alle *Albrecht, P. A.* 2003; *Roggan* 2003. Für eine kritische foucaultsche Auseinandersetzung mit dieser Frage, die vor dem Hintergrund der Spannung zwischen Freiheit und Sicherheit stattfindet, siehe *Böhm* 2007.

> *Es gibt keine Taten, keine Täter, keine Opfer, keinen Rückfall, nicht mal ein Gefängnis. An ihre Stelle treten Gefahren, ‚Gefährder', Sicherheitsgewahrsam, Ausweisung etc. – Phänomene, die außerhalb der Grenzen der Sinnprovinz crimen liegen oder diese überschreiten.*"[1004]

Ist diese These berechtigt, wenn man dieses ‚Gefährdungsrecht' im Kontext beobachtet, d.h. vor dem Hintergrund der staatlichen Aufgabe eines rechtsstaatlichen Strafrechts, das durch ein Verfassungsgericht stets kontrolliert wird?

Das ‚Gefährdungsrecht' soll eine der ältesten Funktionen des Staates erfüllen, der Sicherheit dienen. Das ‚Gefährdungsrecht' schreibt sich durch rechtsstaatliche Mechanismen ein[1005] und wird von dem Sprecher der höchsten juristischen Autorität und Interpreten der Verfassung und ihrer Prinzipien (das Bundesverfassungsgericht) als *wahr* hingestellt.[1006]

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden zunächst weiter erforscht, inwiefern das ‚Gefährdungsrecht', das feindliche Risiken und riskante Feinde diffus konstruiert und offensiv verfolgt, ein *unrechtliches Recht* sein kann.

5.2.1. Sicherheit

Es ist nicht neu, dass die ‚Sicherheit' zum Hauptziel des Staates gehört und zugleich dessen Legitimationsgrundlage für seine Existenz bildet.[1007] Je nach Epoche hat diese Sicherheit mit der physischen Sicherheit der *Menschen*[1008] oder mit dem Recht auf Leben, Freiheit und Eigentum der Einzelnen[1009] zu tun gehabt. Diese Sicherheit wurde als die Sicherheit des Friedens,[1010] als die allgemeine Sicherheit der Vertragsabschließenden[1011] und als die Verteidigung

---

[1004] *Akka et al.* 2006: 261.

[1005] Der Rechtsstaat kann in diesem Sinne als artikulierter Mechanismus für die Prozesse der Securitization verstanden werden. Über das Konzept und seine Folgen siehe *Buzan/Waever/de Wilde* 1998; *C.A.S.E. Collective* 2006.

[1006] Siehe dazu *Baldus* (2008: 107, 112 ff.), der sich begeistert über die Rolle des Bundesverfassungsgerichts für die Sicherung der Freiheitssphären sowie für die Schutz der rechtsstaatlichen Verfassung äußert.

[1007] Für ein Überblick über die Frage der Sicherheit nach staatstheoretischer Perspektive siehe *Calliess* 2003; *Chevallier* 1980; *Mac Pherson* 1962; *Tinland* 1985; *Brugger/Gusy* 2004.

[1008] Vgl. *Hobbes* 1997; *Melossi* 1992: 32 ff.; *Isensee* 1983. Aus strafrechtlicher Perspektive siehe *Zaffaroni* 2006: 123 f.

[1009] Vgl. *Locke* 1988; aktueller *Habermas* 1963; *Isensee* 1983: 6.

[1010] Vgl. *Kant* 1995; *id.* 1977.

[1011] Vgl. *Rousseau* 1953. Siehe auch zum Gesellschaftsvertrag *Villaverde* 1993; *Kersting* 1994.

eines kollektiven Selbstbewusstseins[1012] verstanden. Sie ist auch als Ruhe, Sicherheit und Ordnung im Volk[1013], als die Sicherheit des Territoriums[1014] und als die Sicherung der Freiheit ausgelegt worden.[1015] Schon früher war diese Sicherheit grundsätzlich mit der Vorbeugung von „externen“ und „fremden Eingriffen“ und deshalb mit der Außenpolitik verbunden.[1016]

Es geht immer um eine Form von Sicherheit,[1017] die seit je her gewisse unsichtbare Grenzen zwischen denjenigen, deren Sicherheit gefördert wird, und denjenigen, die diese Sicherheit gefährden, gezogen hat. Häufig wird in diesem Zusammenhang die Freiheit als Gegenpol zur Sicherheit präsentiert. Diese Freiheit ist jedoch nicht Hauptzweck des Staates. Das Sicherheitsstreben wird erweitert und instrumentell bekräftigt, wenn die Sicherheit das Motiv für die Funktionsfähigkeit des Strafrechts und zunehmend zum Paradigma der Kriminalpolitik und letztlich des Regierens wird.[1018] Die staatlichen Befugnisse gegenüber den Einwohnern werden dabei erweitert und gestärkt. Diese Sicherheitsfunktion des Staates nach den Vorgaben des Strafrechts findet in dem in den 1980er Jahren von *Josef Isensee* behaupteten *Grundrecht auf Sicherheit* eine bedeutende Legitimationsquelle. Die Frage der Sicherheit verlagert sich teilweise in den Bereich der Sicherheit im (Rechts-)Staat.

Für *Isensee* ist die Antinomie zwischen Freiheit und Sicherheit nur ein „Klischee“,[1019] das sich historisch erklären lässt. Das deutsche Grundgesetz ist aus historischen Gründen auf Abwehr, Bändigung und Kontrolle der Staatsgewalt angelegt. Diese alte Tradition sei zunächst von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts unterbrochen worden. Als das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Abtreibungsfrage im Jahr 1975 bekannt wurde, wurde die Entscheidung als ein *Novum* empfunden. Das Grundrecht auf Leben enthalte die Pflicht für den Staat, „sich fördernd und schützend vor dieses Leben [zu] stel-

---

[1012] Vgl. *Durkheim* 1992.

[1013] Vgl. *Schmitt* 1935, 1934, 1963, 1922. Siehe auch zu *Carl Schmitt Lehnert* 1996; *Lenk* 1996; *Meuter* 1996; *Schmoeckel* 1996; *Schneider* 1982. Kritisch und in Bezug auf gegenwärtige Diskussionen *Salomon* 2008, der *Otto Depenheuer* in Beziehung zu *Carl Schmitt* setzt und kritisiert.

[1014] Vgl. *Foucault* 2004: 136 ff.; *id.* 1977; íd. 1977a; *id.* 2005; *id.* 2003a: 76 ff.; *id* 1991.

[1015] Vgl. *Foucault* 1999a, *passim.*; *id.* 2004: 139 ff., 162 ff., 521 ff.; *id.* 1977; *id.*1977a; *id.* 2004a: 387; *id.* 2001a; *id.* 1987. Siehe grundlegend über die Idee der Gouvernementalität bei *Foucault Lemke* 2002; *Krasmann* 2003.

[1016] Vgl. für alle nach diesem alten Verständnis etwa von *Humboldt* 1967 [1792]: 58, 59, 118.

[1017] Vgl. zu einer Darstellung der Sicherheit aus philosophischer Perspektive *Makropoulos* 1995.

[1018] Siehe kritisch zu der Wirkung dieses Diskurses im Bereich des Strafrechts *Hassemer* 2006.

[1019] *Isensee* 1983: 1.

len, das heiße vor allem, es auch vor rechtswidrigen Engriffen von Seiten anderer zu bewahren.“[1020] Diese Idee konkretisiere sich später im Schleyer-Beschluss von 1977 zur Abwehr des Terrorismus.[1021] Laut *Isensee* geht es hier nicht um die Sicherheit vor dem Staat (*status negativus* der Freiheit), sondern um die Sicherheit, die vom Staat für den Schutz der Bürger vor Dritten gewährleistet werden soll.[1022] Diese Sicherheit wird auch als der „innerstaatliche Frieden“ und „faktische Existenzbedingung“ des Staates erklärt.[1023] So beschreibt *Isensee* das Grundrecht auf Sicherheit als „Das Bundesverfassungsgericht enthüllt in den Schutzpflichten keine neue Serie der rechtsstaatlichen Verfassung, sondern nur eine vergessene […]: die Grundrechte nicht nur (negativ) zu achten, sondern auch (positiv) zu schützen. […] Die Schutzaspekte bilden in ihrer Gesamtheit das Grundrecht auf Sicherheit.“[1024]

Dieses Recht auf Sicherheit habe allerdings Grenzen. Die Gefahrenschwelle ist nicht für alle grundrechtlichen Rechtsgüter einheitlich, sondern hängt von der Qualität des gefährdeten Rechtsgutes ab, sowie von Faktoren wie die Intensität der Gefahr, von den möglichen Mitteln der Gefahrenabwehr und von den Rechtseingriffen, die die staatliche Intervention bewirken kann. „So darf das Gesetz bestimmte Maßnahmen der Polizei nur für den Fall zulassen, daß eine gegenwärtige erhebliche, eine dringende Gefahr oder eine Gefahr für Leib und Leben vorliegt. Dagegen gibt es empfindliche Sicherheitsbereiche, bei denen bereits die entfernte Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts genügt, um die Schutzpflicht auszulösen (Beispiel: Gefährdung durch Kernkraftwerke[1025]). Die Schutzbedürftigkeit setzt bei den Vitalgütern Leben und körperliche Unversehrtheit früher ein als bei den Sachgütern Eigentum und

[1020] *Isensee* 1983: 27. *Isensee* bezieht sich hier auf BVerfGE 39, 1 (S. 36-51, insbes. S. 42).

[1021] Vgl. BVerfGE 46, 160 (S. 164 f.). Für weitere Urteile in diese Richtung siehe *Isensee* 1983: 28 ff.

[1022] *Isensee* 1983: 2.

[1023] „Die grundrechtliche und die demokratische Freiheitsidee haben sich seit dem Ende des 18. Jahrhunderts in weiten Teilen Europas allmählich als Legitimationsgrundlage durchgesetzt und auch anderswo Anhänger gefunden. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß diese doppelte Freiheitsidee nicht alleinige Legitimationsgrundlage des Staates ist. Vielmehr ist sie im Zusammenhang mit dem innerstaatlichen Frieden (= Sicherheit) zu sehen, der nicht nur eine weitere Legitimationsgrundlage, sondern zugleich faktische Existenzbedingung des Staates ist. Freiheit, die der Staat zu schützen hat, ist immer auch Freiheit des anderen.“ (*Starck* 2005: § 33, Rn. 2-3).

[1024] *Isensee* 1983: 33. *Brugger/Gusy* (2004: 131) finden dieses Grundrecht „streitig“ und erörtern die Schwierigkeiten des „Schutzpflichtkonzeptes“ (ibid.: 177). Dieses Grundrecht sei allerdings bereits Gegenstand der klassischen Menschenrechtserklärungen gewesen, auch wenn sie mit anderen Verständnissen ausgefüllt seien (*Isensee* 1983: 12 ff.).

[1025] Vgl. BVerfGE 49, 89 (S. 142).

Besitz.“[1026] *Isensees* Ansicht ist geprägt durch den Kontext der Umweltproblematik, der politischen Unruhen eines Kalten Krieges und der politischen Auseinandersetzung um die Kernenergie in den 1980er Jahren. Die Vorstellung einer ‚Risikogesellschaft‘ gilt daher als Hintergrund seiner Überlegungen sowie als Hintergrund der von ihm zitierten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, auch wenn das Konzept von *Beck* erst drei Jahre später veröffentlicht wurde. ‚Risiko‘ ist daher eine wichtige Komponente in der analytischen Konstruktion des Grundrechts auf Sicherheit. Allerdings sind nicht alle ‚Risiken‘ auszuschließen: „Der freiheitliche Staat hat weder die Macht noch das Recht, in allen privaten und gesellschaftlichen Bereichen präsent zu sein, um bei jeder möglichen Gefahr bereitzustehen.“[1027] Die Abgrenzung von Grundrechtsfreiheit und Eingriffsgewalt bestehe regulativ in dem Übermaßverbot und seinen drei Elementen: Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.[1028]

Wenn diese Aussage zutrifft, wäre dann das Grundrecht auf Sicherheit von *Isensee* restriktiver als die in früheren Kapiteln analysierten Kriterien des Bundesverfassungsgerichts. Ist es aber in einem Rechtsstaat zu akzeptieren, dass die staatliche Schutzfunktion zum Hauptziel des Strafrechts wird? Die Grenzen, die *Isensee* für ein Grundrecht auf Sicherheit setzt, lassen zunächst daran zweifeln. Ausweislich der unterschiedlichen Auslegungen des Rechtsstaatskonzepts scheint diese Frage allerdings kaum zu beantworten sein.

5.2.2. Rechtsstaat

Wenn der Rechtsstaat als eine Fülle von Prinzipien gedacht würde, die das Rechtsstaatsprinzip *in totum* wäre, ließe sich dieses *Prinzipienbündel* wie folgt zusammenfassen:

> *„Herrschaft allgemeiner, rationaler und nicht rückwirkender Normen, Gewaltenteilung mit dem Primat der Gesetzgebung und der unabhängigen Gerichte, politischem Pluralismus und Unverletzbarkeit der Menschenrechte, Freiheit des Einzelnen, Funktionieren des staatsrechtlichen Systems durch den Behördenmechanismus, Verantwortlichkeit und Kontrolle des staatlichen Wirkens/Gewalt und Dosierung jeder Form der Staatsmacht vor allem mittels der Rechtsinstrumente.“*[1029]

[1026] *Isensee* 1983: 37 f.
[1027] *Isensee* 1983: 41.
[1028] *Isensee* 1983: 45 f.
[1029] *Šarčević* 1996: 55.

In dieser Aufzählung werden sowohl materielle als auch formelle rechtstheoretische Aspekte,[1030] politische und ökonomische Voraussetzungen[1031] und schließlich auch spätere Ergänzungen des ursprünglichen Begriffes[1032] - montesquieusche Gewaltteilung und Grundrechte des Menschen – berücksichtigt. Diese Aufzählung entspricht daher dem „integralen Rechtsstaatsbegriff".[1033] Selbst wenn man mit diesen Prinzipien als Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips einverstanden sein könnte, bleibt immer noch die Frage offen, welches Verständnis sich aus jedem dieser Bestandteile ableiten lässt. Diese Vielfältigkeit der Rechtsstaatsidee zeigt sich nicht nur in gegenwärtigen, sondern auch in den herkömmlichen rechtsstaatlichen Ansätzen und in ihrer Entstehung.[1034]

[1030] Der materielle Aspekt, auf den Robert von Mohl zurückgreift, besteht in der Vorstellung eines Staates der Freiheit, der Gerechtigkeit und der Gleichheit, wobei die Freiheit des Einzelnen der größte Wert ist (siehe von ihm: *Das Staatsrecht des Königsreiches Württemberg*, B.I: Das Verfassungsrecht, 1829; *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, B.I, 1844; und *Enzyklopädie der Staatswissensschaften*, 1. Aufl., 1859, S. 324 ff., alle zitiert in *Šarčević* 1996: 11). Zur Synthese des „Rechts- und des ‚Polizei'-Staates" in der Lehre von *Robert von Mohl* siehe *Isensee* 2001: 58 ff. Der formelle Aspekt seinerseits wurde von Friedrich J. Stahl eingeführt: „Es liegt demnach im Wesen des Staates beides, ein Reich des Rechts, ‚Rechtsstaat', und ein Reich der Sitte, ein sittliches Gemeinwesen zu seyn, und das ist nicht im Widerspruch vermöge der tieferen Einheit von Recht und Sitte (II. §. 6). Der Staat soll Rechtsstaat seyn, das ist die Losung und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Gränzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staatswegen, also direkt, nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur nothwendigen Umzäunung. Dieß ist der Begriff des Rechtsstaates, nicht etwa daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte der Einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen" (*Stahl* 1963: 137 f.). Nach dieser Einstellung wird der Rechtsstaat dann nicht inhaltlich, sondern formell bestimmt, je nachdem, wie die Staatsgewalt ausgeübt wird.

[1031] „Für die politische Theorie ist der Rechtsstaat eine Organisationsform der Gewalt, eine optimale Lösung der Trennung, Teilung und Ausbalancierung der geteilten Macht […]. Für den Ökonomen ist der Rechtsstaat überwiegend eine Organisationsform des Marktes, auf dem freie Unternehmen, freie Arbeitskräfte und freies Unternehmertum aufeinandertreffen" (*Šarčević* 1996: 52 f.).

[1032] Der ursprüngliche Begriff kann als ein theoretischer „Kompromiß zwischen dem ‚Souveränitätsprinzip' und dem ‚Freiheitsprinzip'" verstanden werden (*Šarčević* 1996: 47).

[1033] *Šarčević* 1996: 47 ff.

[1034] Für eine ausführliche Bearbeitung der begrifflichen Multiplizität des Rechtsstaatskonzepts siehe *Graezer* 1999, insbes. S. 5 ff., S. 100.

Konzentriert man sich auf den gegenwärtigen deutschen Rechtsstaat in der Nachkriegszeit, der einer liberalen Tradition folgt,[1035] kann diese liberale Rechtsstaatlichkeit als idealtypische Konstruktion, die die Elemente des ursprünglichen Rechtsstaates bestätigt, in drei Elemente zusammengefasst werden: Vorrang des Gesetzes, Volkssouveränität und Gewaltenteilung, „mit denen das theoretische Modell des Staates konstruiert wird, dessen Gewalt, rational gebraucht, gleichzeitig sowohl das Persönliche als auch das Kollektive zufrieden stellen könnte. Vereinfacht gesagt, es entsteht das Modell eines Staates, der die *persönliche Freiheit*, aber auch den *staatlichen Zwang* bewahrt."[1036] Diese Gegenüberstellung, die in mehreren Analysen die Konfrontation zwischen Freiheit und Sicherheit zeigen will, enthält vielfältige Nuancen, die manchmal nur eine Subordinationsbindung bilden, in denen abwechselnd sowohl die Freiheit („Nicht Sicherheit geht der Freiheit voraus, sondern Freiheit ist die unverzichtbare Garantie der Sicherheit oder auch nur des Gefühls von Sicherheit"[1037]) als die Sicherheit[1038] den Status eines Primats genießen.[1039] Die Frage des Rechtsstaates ist mit der Frage der Grundrechte direkt verbunden. Während sich die Freiheit und ihre Ausdrucksformen als Grundrechte (Handlungsfreiheit, Freiheit der Person, Bewegungsfreiheit) im Rechtsstaat ohne Zweifel

---

[1035] Dieser *Liberalismus* schließt einen gewissen Kompromiss zwischen Staat und Bürger, zwischen Souveränität und Freiheit. Im Weimarer Liberalismus der theoretischen Rechtsstaatskonzeption treffen sich Elemente des Frühliberalismus mit einer eigentümlichen sozialen Funktion der ökonomischen und gesellschaftlichen Bedürfnisse des Bürgertums: „Schutz des Privateigentums, wirtschaftliche und politische Freiheit, Voraussehbarkeit jedes Eingreifens in das Privateigentum, Freiheit auf der Grundlage der allgemeinen Gesetze, Legalität der Verwaltung und Verhinderung jeder Willkür." (*Šarčević* 1996: 197).

[1036] *Šarčević* 1996: 309 f.

[1037] *Albrecht, P.-A.* 2003: 11. Vgl. auch *Schreiber* 1977 (inbes. S. 48 mit einem Hinweis auf Maihofer).

[1038] *Jakobs* 2004, 2005; *Isensee* 1992, 2003.

[1039] Vgl. *Schreiber* 1977: 121, der an einem Beispiel erklärt, was es bedeutet, dass eine rechtsstaatliche Demokratie wissen muss, wann die „Schraube für die Freiheit" zu lockern oder fester anzuziehen ist: „Wendet man die Forderung nach einer lebendigen wandlungsfähigen Demokratie auf das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit an, so müsste es in freier, flexibler Gesetzgebung ohne ideologische Bindungen z. B. möglich sein, eben in Zeiten ansteigender Kriminalität die Haftrechtserleichterungen zur Sicherheit des schutzsuchenden Staatsbürgers wieder einzuschränken. Dabei muß die Frage erhoben werden, ob diese Verschärfung des Haftrechts für alle Delikte oder nur für Teile davon, für alle Personenkreise oder nur für Teile davon erwirkt wird und auf wie lange Zeit. Bessert sich der Personenkreis oder die abstrakte Erfahrung, kann man die Schraube für die Freiheit wieder lockern, verschlechtern sich die Verhältnisse, kann die Schraube für die Sicherheit wieder angezogen werden, und zwar die richtige an der richtigen Stelle" (*Schreiber* 1977: 121).

anerkannt sehen, ist die Idee eines wie von *Isensee* formulierten Grundrechts auf Sicherheit nicht so selbstverständlich, wie folgendes Zitat offenbart: „Wird Sicherheit zu einem Grundrecht, droht die Gefahr, vor der Kant gewarnt hatte. Der Staat, der nur wegen und aus der Freiheit seiner Bürger besteht, beginnt sich gegen seine ‚Erfinder' zu wenden. Wo Sicherheit garantiert sein soll, gilt es, auch das geringste ‚humane Restrisiko' zu vermeiden, es auszuschalten".[1040] Der Rechtsstaat wandelt sich auf diese Weise in einen Polizeistaat, der Individuen „als potentielle Sicherheitsrisiken versteht"[1041] und vorsorglich und verbreitend entscheidet und angreifender agiert.

Die Prinzipien des Rechtsstaates können auf unterschiedliche Weise interpretiert werden, je nachdem, ob man eher der Freiheit oder der Sicherheit einen Vorrang einräumt. Der Rechtsstaat selbst liefert Argumente sowohl *für* als auch *gegen* die Ausweitung der Befugnisse der Polizei, der unbeschränkten Erhöhung und Verlängerung der Strafen oder dem Einsatz der Bundeswehr im Innern begründen. Der Rechtsstaat erscheint entweder als Instrument, das für die Beschränkung der Intervention durch die Exekutive gedacht ist, oder als Grund der polizeilichen Intervention für die Verteidigung der Zivilgesellschaft, die im Rechtsstaat ein Grundrecht auf Sicherheit habe.[1042] Der Rechtsstaat sei sowohl eine Art von Rechtsgut, das zu schützen sei,[1043] als auch ein regulierender und bewertender Maßstab, der zu beachten sei.[1044]

Die Auseinandersetzung mit diesen Fragen hat deutlich gezeigt, dass sowohl die Idee der Sicherheit als selbstverständliche staatliche Funktion als auch der Bezug zum Rechtsstaat keine ausreichenden Ressourcen sind, um die Grenzen bezüglich der Befugnisse des staatlichen Handels zu analysieren bzw. zu überprüfen. Die Sicherheit als Funktion und als Ziel im Strafrecht und der Rechtsstaat als Maßstab sind interpretationsbedürftige Instanzen. Sicherheit kann nur mit Mitteln verfolgt werden, die rechtsstaatlichen Prinzipien folgen. Diese Prinzipien, die in der Verfassung verankert sind, bedürfen allerdings einer Interpretation, um überhaupt handhabbar und operationalisierbar zu sein.[1045]

[1040] *Albrecht, P.-A.* 2003: 13.

[1041] *Roggan* 2003:19 f.

[1042] Siehe für alle *Isensee* 1983 und 1992.

[1043] Siehe z.B. der ehemalige Bundesminister der Justiz Edzard Schmidt-Jortzig, der in der parlamentarischen Diskussion über das Gesetz zum Großen Lauschangriff darum bat, „diesen Gesetzentwürfen zuzustimmen und den Schulterschluß gegen das Verbrechen schon heute zu vollziehen, um zu zeigen, daß es uns mit der Verteidigung des Rechtsstaates gegen Angriffe ernst ist" (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19536).

[1044] In diesem Sinne siehe *Albrecht, P.A.* 2003; *Poscher* 2006; *Brunkhorst* 2006.

[1045] Grundlegend zum Verfassungsrecht als Fundament des Strafrechts siehe *Appel* 1998; *Lagodny* 1996.

Das Problem des ‚Gefährdungsrechts' knüpft hier an mehrere Analyseebenen an: ‚Risiken' werden konstruiert und bekämpft. Die Entscheidung über die ‚Risiken' und über die Mittel dieser Bekämpfung müssen jedoch von einer legitimen Instanz *selektiert* und definiert werden. Im Diskurs werden auf diese Weise *politische Wahrnehmungen zu rechtlichen Angelegenheiten*. Politische Entscheidungen werden in rechtliche Formen transferiert und eingeschrieben. Ein Richter des Bundesverfassungsgerichts, der dieses komplizierte Gefüge von innen kennt, hat diese Problematik wie folgt beschrieben:

> *„Wie über alle gesellschaftlichen Themen kann auch über Risiken nur* selektiv *geredet werden, wobei bereits die Entscheidung über Risiken zu reden, eine Auswahl aus möglichen Themen darstellt. Es gibt immer mehr Risiken, als gleichzeitig behandelt oder gar bekämpft werden können.* Effektive Risikosteuerung setzt deshalb eine überlegte Auswahl voraus, *die ohne Wertung nicht auskommen kann. Risikoentscheidungen sind, um rational bleiben zu können, auf Vergleiche angewiesen, auf Vergleiche von Risiko und Nutzen und auf Vergleiche des einen Risikos mit anderen Risiken. Weil aber die Zusammenstellung des Vergleichsmaterials und die Auswahl dessen, was verglichen wird,* hochkontingent *ist, kann es bei diesem Vorgang* keine Eindeutigkeit im traditionellen Wissenschafts- und Rechtsverständnis *geben. Das Problem mündet dann in die Frage, wer eine derart dezisionsbehaftete Entscheidung treffen darf, insbesondere, wer dazu legitimiert ist. Ein Gericht, das dem Staat die Bekämpfung eines Risikos als bindende Pflicht aufgibt oder gar selbst eine bestimmte gesellschaftliche Tätigkeit ohne gesetzliche Grundlage verbietet, muß sich vergegenwärtigen, daß es sich der linearen Rationalität gesetzesgesteuerter Entscheidungskontrolle entschlägt.“*[1046]

Diese *äußerst kontingenten* Entscheidungen können *nicht eindeutig im traditionellen wissenschaftlichen und rechtlichen Sinne* sein. Sie entfalten dennoch unmittelbare Wirkungen, die rechtlich eingeschrieben werden und Körper betreffen. Diese Entscheidungen, die aus allen denkbaren Interpretationen entstehen, werden im Fall eines ‚Gefährdungsrechts' aus einem ungeschriebenen Grundrecht auf Sicherheit zurückgewiesen. „Auch die Berufung auf Verfassungsnormen vermag dieses durch Komplexität verursachte Entscheidungs- und Rationalitätsdilemma nicht aufzulösen.“[1047] Dieses politisch geprägte Recht auf Sicherheit fließt in das Rechtssystem ein, ohne dass seine genauen Konturen bestimmt werden können. Gerade darin liegt das Problem eines ‚Gefährdungsrechts': „Die *Unbestimmtheit* wird durch Rückgriffe auf juristisch behauptete Schutzpflichten aus Grundrechten lediglich vom politischen System in das Rechtssystem importiert und führt hier zu dogmatischen Verwirrungen.“[1048]

[1046] *Di Fabio* 1994: 61 f. [Hervorhebung hinzugefügt].
[1047] *Di Fabio* 1994: 62.
[1048] *Di Fabio* 1994: 62 [kursiv hinzugefügt].

Dadurch, dass die Verfassung – wie der Rechtsstaat selbst – als rechtliches und politisches Instrument vielfältige Interpretationen ermöglicht und solche Interpretationen eine unmittelbare Wirkung im rechtlichen System ausüben, ist es notwendig, dass eine institutionelle Instanz, die mit staatlicher Legitimation für diese Aufgabe geschaffen worden ist, über die gültige Interpretation der Verfassung, und so auch über die Bedeutung der Rechtsstaatsprinzipien entscheidet. In Deutschland wird diese Aufgabe durch das Bundesverfassungsgericht erfüllt. Dieses Verständnis über die Funktion des Bundesverfassungsgerichts geht auf die Verfassungsgerichtsbarkeit nach *Kelsen* zurück, nach der das Bundesverfassungsgericht durch die Kontrolle und gegebenenfalls Ablehnung von Gesetzen, die gegen die Grundnorm stoßen, selbst „Norm" – im kelsenschen Sinne des Wortes – schafft. [1049]

5.2.3. Die *wahren Aussagen* des Bundesverfassunsgerichts[1050]

Das Bundesverfassungsgericht spricht die Grundsätze der Verfassung in seinem Diskurs aus, stellt fest, welche Bedeutung die Prinzipien des Rechtsstaates überhaupt haben, ob die Sicherheit eine Funktion des Rechtsstaates ist, die durch das Strafrecht zu erfüllen ist, sowie die Frage welche Grenzen für diese Funktion bestehen und wie das Strafrecht die Sicherheitsaufgaben zu erfüllen hat.

Wahre Aussagen werden durch das Gericht gesprochen. In diesen Urteilen wurde festgestellt, dass die Sicherheit der Bevölkerung eine durch das Strafrecht zu erfüllende Aufgabe sei und diese Aufgabe zu den rechtsstaatlichen Funktionen des Staates gehöre. Verfassungsrechtliche Prinzipien wurden dabei im Hinblick auf diese Sicherheitsfunktion ausgelegt.

Durch die Überprüfung hat das Bundesverfassungsgericht eine klare Auslegung der Sicherheitsfrage definiert. Die Sicherheit sei ein Grundrecht, das u.a. durch das Strafrecht zu schützen sei. In bestimmten Bereichen wird die Sicherheit sogar zum Hauptziel des Strafrechts. Nicht eine Tat, die Strafe, die Vergeltung oder die Resozialisierung stehen im Mittelpunkt, sondern die Verhinderung von eventuellen zukünftigen Schäden für die ‚allgemeine Si-

[1049] Grundsätzlich über diese kelsenschen Normpyramide siehe *Kelsen* 2000; so auch *Kelsen* 2008. Für einen Vergleich anderer Verfassungssysteme mit der kelsenschen Verfassungsgerichtsbarkeit, deren zentralisierte Form der Verfassungsüberprüfung hauptsächlich von Deutschland und Italien gefolgt wird, siehe *Belfiore* 2005.

[1050] Der Begriff der *wahren Aussage* geht auf die foucaultsche Vorstellung des Diskurses als autorisiertes Ensemble von Aussagen zurück, die wegen der Machtposition des Sprechers, als wahr zirkulieren und sich etablieren.

cherheit'. Der Rechtsstaat sieht sich in seinen Funktionen erweitert bzw. die Funktionen erfahren eine Umformulierung. Die Institutionen werden nach diesen Funktionen neu organisiert: Die Polizei verfügt über geheimpolizeiliche Mittel; das Bundesverfassungsgericht fordert neue Gesetze zur weiteren Einsperrung über das eigentliche Strafende hinaus; Strafvollzugsbeamte überprüfen nicht nur die vom Gericht vorgesehene Vollstreckung der Strafe, sondern auch das mögliche Auftreten von ‚Risikofaktoren' unter den Gefangenen; das Bundesparlament verabschiedet Gesetze präventiv-polizeilicher Natur im strafrechtlichen Bereich.

In diesen Urteilen hat das Bundesverfassungsgericht gezeigt, „dass der ohnehin schon sehr weite kompetenzrechtliche Begriff des Strafrechts noch Dehnungspotenzial besitzt."[1051] Das Bundesverfassungsgericht hat in dieser Weise das Recht des Rechtsstaates gesprochen. Funktionen und Grenzen des Rechtsstaates können nach *Baldus* wie folgt zusammengefasst werden: „Rechtsstaat und Präventionsstaat oder Rechtsstaat und Sicherheitsstaat schließen einander nicht aus. Denn der Rechtsstaat ist auch Präventionsstaat. Und er ist auch Sicherheitsstaat."[1052]

5.3. ‚Gefährdungsrecht'?

An der Kraft der Gesetze sowie an der unmittelbaren Kraft der Urteile des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu zweifeln. Sie werden verabschiedet und umgesetzt. Das Bundesverfassungsgericht wird gehört und ihm wird gehorcht.[1053] In diesem Sinne ist das Strafrecht immer noch gültig, auch wenn es ‚Gefährder' konstruiert. Ebenso ist der Rechtsstaat immer noch gültig unter dieser Perspektive, auch wenn er die Konstruktion des ‚Gefährders' ermöglicht. Die Wege, die diese Diskurse und Praktiken gehen, sind definitiv formal rechtliche Wege. Das Recht gilt und hat durch diese Rechtsgeltung[1054] ohne Zweifel eine sehr wichtige Bedeutung: ‚Gefährder' werden durch das Straf-

---

[1051] *Gärditz* 2006: 239.

[1052] *Baldus* 2008: 111.

[1053] Eine Auseinandersetzung mit der Idee der Gesetzeskraft und ihrer – gewalttätigen und aktuellen – Bedeutung wird in Kapitel 6 vorgenommen. Hier wird lediglich ein Hinweis auf diese Frage gegeben. Grundlegend dazu siehe *Derrida* 1991.

[1054] Die „Geltung ohne Bedeutung" bezieht sich auf die Möglichkeit einer „Rechtsform", die Lebensprozesse ignoriert und/oder diese annimmt, um sie rechtlich auszuschließen. Dieser Zustand läge eher bei einem Rechtsstaat vor, der sich als gültig ausgibt und in dem trotzdem die ihm widersprechenden Diskurse und Praktiken einen Platz haben. Siehe dazu *Agamben* 2006; *id.* 2002.

recht verfolgt, ohne dass die formalen Wege forciert oder ignoriert würden. Es handelt sich nicht um Ausnahmegesetze, die nach der Logik der *exceptio* verabschiedet werden. Dieses Strafrecht hat auch nicht mit *de facto*-Lösungen zu tun, die gegen das Gesetz verstoßen. Vielmehr geht es um eine Versetzung von Diskursen, die sich immer noch formal gültig zeigen und Bedeutungen artikulieren.

Ein doppelter Prozess lässt sich hier beschreiben: *Einerseits* bildet sich ein *Zirkulus vitiosus zwischen Strafrecht und Rechtsstaat*, ein *Teufelskreis*, der zur *Diffusion* führt: Im strafrechtlichen Bereich werden ‚Gefährder' konstruiert, die begrifflich mit einem ‚Verbrecher' kaum etwas zu tun haben; diese ‚Gefährder' und ihre Bekämpfung werden durch rechtsstaatliche Bedürfnisse gerechtfertigt. Weil diese ‚Gefährder' dem ‚Bürger' immer weniger ähneln, verlieren in der Verfassung verankerte Rechte und Garantien immer mehr an Bedeutung bzw. werden umformuliert. Rechtsstaatsprinzipien werden diffuser und ermöglichen in dieser Form immer diffusere Regeln, Grenzen und Konstrukte im strafrechtlichen Bereich. Dieses diffuse Strafrecht ermöglicht ferner die Diffusion von rechtsstaatlichen Richtlinien, die ihrerseits die Diffusion des Strafrechts ermöglichen. Damit wird *andererseits* ein Strafrecht konstruiert, das ‚*Gefährdungsrecht*' genannt wird. Das Vokabular des Rechtsstaates und des modernen Strafrechts verbreitet und etabliert sich auf anderen Gebieten, in denen die Logik der (Un)Sicherheit, der Gefahren und der Verteidigung dominieren. Dieses Raster, das sowohl alte als auch neue Nuancen der Sicherheitsfrage aufzeigt, hat zugleich eine rückkoppelnde Wirkung auf jenes Rechtsstaatskonzept und das Strafrecht. Die Gefährdungslogik (Risikomanagement *plus* Feindbekämpfung) kristallisiert sich im Strafrecht sowie in neuen Facetten des Rechtsstaates heraus. Neue Dispositive werden durch das Strafrecht und den Rechtsstaat artikuliert, die etwa die Konstruktion von neuen Figuren ermöglichen und Abschied von traditionellen Konzepten zu nehmen scheinen.

Durch die Konstruktion des ‚Gefährders' und der Ausdruckformen des ‚Gefährdungsrechts' wird nicht auf die Grenzen des Rechtsstaates verwiesen. Im Gegenteil; Konstruktionen und Ausdruckformen machen gerade die vielfältigen Möglichkeiten des Rechtsstaates und besonders die vielfältigen Möglichkeiten des Rechts sichtbar. Dies scheint nicht sehr neu zu sein. Es drängt sich der Verdacht auf, dieses ‚Gefährdungsrecht' sei längst im Rechtsdiskurs angelegt. In dem folgenden Kapitel werden ‚Gefährder' und ‚Gefährdungsrecht' mit rechtskritischen Ansätzen konfrontiert.

6. Angewandte Rechtskritik

Da es hier weder um Moral oder Vernunftkriterien noch um die Suche nach einer Legitimation bzw. nach einer selbstreferenziellen Überprüfung des Rechts geht,[1055] schienen postmoderne Arbeiten der Kritiker des Rechts geeignet zu sein, Umbrüche und Kontinuitäten des Strafrechtsdiskurses aufzuzeigen. Vier Rechtskritiker wurden für dieses Kapitel ausgewählt.[1056] Gemeinsam ist allen diesen Kritikern, dass sie das Recht theoretisch aus der Distanz und zugleich in seinen minimalen materiellen Praktiken und Wirkungen untersuchen. Der deutsche Philosoph *Walter Benjamin* hat das radikalpositivistische Rechtsverständnis kritisiert und sich in einigen Schriften auf die Frage der Gewalt des Rechts konzentriert. Diese Arbeit hat auch den französischen Philosophen *Jacques Derrida* inspiriert, der seine Gerechtigkeit und Dekonstrukti-

---

1055 *Krawietz* 2004: 271.

1056 Gegenwärtige Theorien des Rechts, die sich als „postmodern" bezeichnen lassen und dennoch voneinander differenzieren, sind in *Buckel/Christensen/Fischer-Lescano* 2006 aufgeführt. Eine auf die aktuellsten Theorien bezogene Untersuchung könnte ohne Zweifel die hier erreichten Ergebnisse ergänzen und ggf. aktualisieren. Diese Aufgabe wird aber hier nicht unternommen und bleibt für eine weitere zukünftige Arbeit offen.

onsüberlegungen auf die zentrale Frage des Rechts und seiner immanenten Gewalt anwendet. *Michel Foucault* lässt sich dagegen nicht so einfach als Philosoph identifizieren, sondern eher als ein Denker der Denksysteme. Er war zugleich Historiker, Sozialwissenschaftler, Diskurstheoretiker, Politikanalytiker und Philosoph. Die Arbeit Foucaults ist als Werkzeug für die Analyse der oben gestellten Fragen über das Recht hilfreich, weil er – wie *Benjamin* und *Derrida* – das Recht nicht aus seiner juristischen Perspektive erfasst. Er sieht das Recht nicht als eine gegebene Notwendigkeit für die Gerechtigkeit und die Ordnung einer Gesellschaft, sondern vielmehr als ein Machtinstrument – sowohl in alten souveränen, als auch in moderneren biopolitischen Machtverhältnissen. *Giorgio Agamben* beschäftigt sich auch mit der Idee des Rechts als Machtinstrument und als besonders beliebiges und kompliziertes Instrument in Ausnahmezeiten. Die Ausnahme, von der er spricht und die sich auch auf die souveräne Ausnahme von *Foucault* bezieht, erweist sich als hilfreich für die Untersuchung der Logik der Dispositive akustische Wohnraumüberwachung und nachträgliche Sicherungsverwahrung.

Die vier genannten Autoren erfüllen außerdem bestimmte Kriterien, die zur Abgrenzung der in diesem Kapitel bearbeiteten Ideen berücksichtigt worden sind: Sie problematisieren für das 20. Jahrhundert die Frage des Rechts. Sie sind keine Juristen, sondern analysieren das moderne Recht aus einer theoretischen Distanz. Sie haben sich von ihren eigenen Denknotwendigkeiten und von den Herausforderungen ihrer Zeit führen lassen und sind daher keiner politischen Ideologie verbunden. Sie versuchen nicht, das Recht zu legitimieren, sondern es in seinen inneren Strukturen zu erklären, seine Funktionsweise zu beschreiben und seine Wirkungen zu identifizieren.[1057]

Eine Passage von *Niklas Luhmann* beschreibt eine der Kernfragen des Rechts. *Luhmann* anerkennt die unvermeidliche Paradoxie, dass Recht zugleich gewalttätiges Unrecht schaffen kann. Sein Beispiel bezieht sich auf das Recht der Notwehr, das auch auf das staatliche Recht der Gefahrenabwehr anzuwenden ist:

> *„Heute kann man das Problem (Paradoxie der Feststellung von Unrecht nach den Regeln des Rechts) an der verbleibenden Anomalie des Notwehr-/Notstandsrechts wieder erkennen. Es bleiben Restfälle, Grenzfälle, in denen das Recht es unter rechtlich geregelten Bedingungen erlaubt, gegen das Recht zu verstoßen. Und nicht zufällig sind dies Fäl-*

[1057] Die wichtige Arbeit von *Jürgen Habermas* kann teilweise als Legitimation des Rechts durch seine diskurstheoretische Begründung von Recht und Moral verstanden werden. Dasselbe lässt sich für die systemtheoretische Auslegung des Rechts von *Niklas Luhmann* feststellen. Deshalb werden sie nicht in die rechtskritischen Überlegungen einbezogen; sowie auch nicht die Arbeit von *Ronald Dworkin*, der ein Kritiker des Positivismus ist, aber nicht ein Rechtskritiker, in dem Sinne, die hier vertreten ist.

le, in denen die Anwendung physischer Gewalt erlaubt und der rechtstypische Verweis auf ein Gerichtsverfahren ausgeschaltet wird. Immer wo Gewalt im Spiel ist, erscheint auch die Paradoxie der rechtlichen Codierung – aber in einer Form, die sogleich rechtsintern entfaltet, durch Konditionierungen geregelt und damit als Paradoxie invisibilisiert wird."[1058]

Diese Paradoxie wollten *Benjamin*, *Derrida*, *Foucault* und *Agamben* entziffern und sichtbar machen.

6.1. Walter Benjamin

Die Arbeit von *Walter Benjamin* über das Recht kann grundsätzlich auf seinen Text *Zur Kritik der Gewalt* zurückgeführt werden.[1059] In diesem Text geht Benjamin zwei Gewaltideen nach: *Gewalt als Mittel* und *Gewalt als Manifestation*.[1060] Für die vorliegende Arbeit ist die Gewalt als Mittel relevant.[1061] Diese Gewalt ist für die Analyse des ‚Gefährdungsrechts', das durch die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung konstituiert wird, besonders geeignet.

Benjamin verbindet die Konzepte von Gewalt, Recht und Gerechtigkeit und geht der Frage nach, inwieweit die Sphäre dieser Begriffe von einem Mittel-Zweck-Verhältnis geprägt ist. Diese Frage ähnelt meiner Frage in dem Sinne, dass in dieser Arbeit auch nach dem (Straf)Recht, seiner Gewalt und seiner Gerechtigkeit bzw. Rechtsstaatlichkeit – die Frage nach der Gerechtigkeit wird häufig durch die Frage der Rechtsstaatlichkeit ersetzt – gefragt wird. Nach *Derrida* reflektiert der Text von *Walter Benjamin* die Krise, „in der sich das eu-

[1058] *Luhmann* 1997: 285.

[1059] *Benjamin* 1965.

[1060] Gewalt kann nach *Benjamin* eine reine Manifestation, eine Machtäußerung sein, wie es etwa typisch für die Mythen der alten Götter ist. Diese Gewalt ist die Manifestation eines Daseins. „Die Funktion der Gewalt in der Rechtsetzung ist nämlich zweifach in dem Sinne, daß die Rechtsetzung zwar dasjenige, *was* als Recht eingesetzt wird, als ihren Zweck mit der Gewalt als Mittel erstrebt, im Augenblick der Einsetzung des Bezweckten als Recht aber der Gewalt nicht abdankt, sondern sie nun erst im strengen Sinne, und zwar unmittelbar, zur rechtsetzenden macht, indem sie nicht einen von Gewalt freien und unabhängigen, sondern notwendig und innig an sie gebundenen Zweck als Recht unter dem Namen der Macht einsetzt. Rechtsetzung ist Machtsetzung und insofern ein Akt von unmittelbarer Manifestation der Gewalt" (*Benjamin* 1965: 56 f.).

[1061] Zur Differenzierung zwischen der göttlichen und der mythischen Gewalt bei *Benjamin* siehe *Butler* 2007.

ropäische Modell der bürgerlichen, liberalen und parlamentarischen Demokratie – und folglich der davon untrennbare Rechtsbegriff – befindet.“[1062] Steht die Konstruktion eines ‚Gefährdungsrechts' für eine Krise des Rechts und des Rechtsstaates, aus denen gerade das ‚Gefährdungsrecht' hervorgeht?

Für *Benjamin* ist die Gewalt eine Ursache, die in durch die Begriffe Recht und Gerechtigkeit bezeichnete sittliche Verhältnisse eingreift.[1063] Während die Rechtsordnung mit dem grundlegenden Mittel-Zweck-Verhältnis verbunden sei, sei die Gewalt lediglich im Bereich der Mittel zu identifizieren.[1064] Gewalt gehört zu den Mitteln, d. h., dass die Gewalt zur Erlangung bestimmter Zwecke ausgeübt wird. Das ‚Gefährdungsrecht', das die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung umsetzt, ist „Gewalt“: Es sind Ursachen, die in sittliche Verhältnisse eingreifen, die durch Recht konstruiert werden (Freiheit und freie Bewegung, Unverletzlichkeit der Wohnung und Privatsphäre). Die Frage ist dann, „ob Gewalt jeweils in bestimmten Fällen Mittel zu gerechten oder ungerechten Zwecken sei“.[1065] Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung sind diese gewalttätigen Mittel, die zum Zweck der allgemeinen Sicherheit als anerkannter und gerechter Staatszweck angewandt werden. Die Frage nach den gerechten oder ungerechten Zwecken, so *Benjamin*, habe aber nur mit der Gewalt*anwendung* zu tun und nicht mit der Gewalt selbst. Eine solche Frage helfe daher seinen Überlegungen nicht viel weiter.

Die Frage sollte deshalb ihren Fokus verschieben. Nach *Benjamin* wäre es besser, sich zu fragen, „ob Gewalt überhaupt, als Prinzip, selbst als Mittel zu gerechten Zwecken sittlich sei“.[1066] *Walter Benjamin* fragt nicht, ob diese Zwecke gerecht sind (in unserem Fall die ‚Sicherheit', das ‚Gemeinwohl', die ‚Rettung des Rechtsstaates', alle *gerechten* Staatszwecke), sondern ob diese Gewalt überhaupt gerecht ist.

Das Naturrecht sei charakterisiert durch die „Ausschaltung dieser genaueren kritischen Fragestellung“, wie auch zum Beispiel bei *Spinoza*, oder

---

[1062] *Derrida* 1991: 66.

[1063] Diese Idee kann mit den Worten von *Adorno* erörtert werden. Die Gewalt, die von *Benjamin* kritisiert wird, ist nicht jene, „die allgemein kritisiert wird, und besonders dann, wenn sie von denen unten gegen die oben angewandt (oder anzuwenden versucht) wird. […] Die von Benjamin kritisierte Gewalt ist die des Bestehenden, die im Bestehenden selbst das Monopol der Legalität, der Wahrheit, des Rechts erhalten hat und in der der Gewaltcharakter des Rechts verschwunden ist, um in den sogenannten »Ausnahmezuständen« (die de facto keine sind) furchtbar zu Tage zu treten. Solcher Ausnahmezustand ist den Unterdrückten gegenüber die Regel“ (*Adorno* 1965: 99 f.).

[1064] *Benjamin* 1965: 29.

[1065] *Benjamin* 1965: 29.

[1066] *Benjamin* 1965: 29.

später bei der „Popularphilosophie" *Darwins* zu sehen sei.[1067] Nach diesen Einstellungen sei Gewalt eine „natürliche Gegebenheit",[1068] die Menschen *de facto* innehaben und *de iure* ausüben. Dieses Gewaltpotenzial geben die Menschen im Laufe der modernen Staatsformation und durch einen Vertrag an den Staat ab. Während für das Naturrecht die Zwecke eine Beurteilung der Gewaltanwendung ermöglichen, sind die Mittel der Maßstab, der für das positive Recht gilt. „Ist Gerechtigkeit das Kriterium der Zwecke, so Rechtmäßigkeit das der Mittel […] Das Naturrecht strebt, durch die Gerechtigkeit der Zwecke die Mittel zu ‚rechtfertigen', das positive Recht durch die Berechtigung der Mittel die Gerechtigkeit der Zwecke zu ‚garantieren'".[1069]

Benjamin interessiert die Sphäre der Mittel (wo sich die Gewalt befindet). Er lässt für seine Studie die Frage nach den Zwecken und deshalb auch die Frage nach dem Kriterium der Gerechtigkeit zunächst beiseite.[1070] Hier wird deswegen auch nicht nach den Zwecken des Rechts gefragt, sondern nach den Mitteln. Es sind die Dispositive, die sich als Instrumente des Rechts erweisen. Die Entscheidung von *Benjamin*, sich auf die positive Rechtstheorie zu konzentrieren, basiert auf der analytischen Tatsache, dass die positive Rechtstheorie[1071] eine Unterscheidung der Gewalten nach dem Kriterium vornimmt, ob sie (legal, rechtmäßig) sanktioniert werden oder nicht sanktioniert. Wenn auch

---

1067 *Benjamin* 1965: 30.

1068 *Benjamin* 1965: 31.

1069 *Benjamin* 1965: 31.

1070 *Benjamins* Kritik der Gewalt, erklärt *Derrida*, enthält den Anspruch, sowohl über eine positive als auch über eine naturrechtliche Rechtstheorie hinaus zu gehen, „sie will nicht länger der Sphäre des Rechts angehören, sie will nicht mehr von einer Interpretation abhängen, die in die juridische Institution einbezogen ist. Sie hat ihren Ort in einer ‚Geschichtsphilosophie'." (*Derrida* 1991: 72). *Derrida* bezieht sich hier u. a. auf die *geschichtsphilosophischen Thesen* Benjamins, in denen die Analyse der Gewalt und des Rechts gerade in einen Bereich außerhalb jeglicher juristischen Betrachtung hinausspringt. In seiner These 8 sagt *Benjamin* z. B. „Die Tradition der Unterdrückten belehrt uns darüber, daß der »Ausnahmezustand«, in dem wir leben, die Regel ist. Wir müssen zu einem Begriff der Geschichte kommen, der dem entspricht. Dann wird uns als unsere Aufgabe die Herbeiführung des *wirklichen* Ausnahmezustands vor Augen stehen; und dadurch wird unsere Position im Kampf gegen den Faschismus sich verbessern. […] Das Staunen darüber, daß die Dinge, die wir erleben, im zwanzigsten Jahrhundert »noch« möglich sind, ist *kein* philosophisches. Es steht nicht am Anfang einer Erkenntnis, es sei denn der, daß die Vorstellung von Geschichte, aus der es stammt, nicht zu halten ist." (*Benjamin* 1965a: 84) Diese Betrachtung sieht sich eng mit seinem Gewaltbegriff verbunden, der, wie es *Derrida* und auch *Adorno* deutlich erklären, nicht unmittelbar mit rechtlichen und auch nicht mit physischen Kategorien zu lesen ist.

1071 Hier kritisiert *Benjamin* den Rechtspositivismus, so wie er damals grundsätzlich von *Hans Kelsen* vertreten wurde. Zur Idee des Rechtspositivismus im Hinblick auf das Strafrecht siehe *Arnold* 2006.

diese Unterscheidung nicht als Gegebenheit hingenommen wird, findet *Benjamin* die Frage „um den Sinn jener Unterscheidung“[1072] ertragreich. Denn es sei „jene positiv-rechtliche Unterscheidung sinnvoll, in sich vollkommen gegründet und durch keine andere ersetzbar“.[1073] Hier nehmen wir also auch die Frage an: *Wird die Gewalt der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung*, die durch das ‚Gefährdungsrecht‘ konstruiert werden, „*sanktioniert*“ oder nicht?

6.1.1. Rechtmäßige und verurteilte Gewalt

Den Unterschied zwischen rechtmäßiger und verurteilter (nicht sanktionierter, unrechtmäßiger) Gewalt liegt grundsätzlich darin, ob die infrage kommende Gewalt historisch anerkannte Zwecke erfüllt oder nicht.[1074] Die ‚Sicherheit‘ als Zweck des Staates ist etwa historisch anerkannt. Historisch anerkannte Zwecke werden Rechtszwecke, nicht anerkannte Zwecke bleiben Naturzwecke. Die Zwecke werden aber zugleich nach Rechtmäßigkeitskriterien bestimmt. Die Zirkularität der Argumentation scheint so für eine mögliche Willkür bei der Unterscheidung zu sprechen. Die Zwecke, die durch die nachträgliche Sicherungsverwahrung und durch die akustische Wohnraumüberwachung beabsichtigt sind, sind historisch anerkannte Zwecke. Die Einsperrung und Überwachung von ‚Gefährdern‘ dient der ‚Sicherheit‘ des ‚Bürgers‘. In beiden Fällen sind diese Dispositive Instrumente der staatlichen Sicherheitsfunktion, d. h. ohne Zweifel als historisch anerkannte Zwecke. Dieser Zweck sei ein sehr „natürlicher“ Zweck, d. h. ‚Sicherheit‘ erfüllt den Zweck der Selbsterhaltung und ist zugleich auch ein Rechtszweck.

Allerdings bemerkt *Benjamin* am Beispiel der europäischen Gesetzgebung: „Für die Rechtsverhältnisse ist, was die einzelne Person als Rechtssubjekt betrifft, die Tendenz bezeichnend, Naturzwecke dieser einzelnen Personen in allen den Fällen nicht zuzulassen, in denen solche Zwecke gegebenenfalls zweckmäßigerweise gewaltsam erstrebt werden könnten“[1075]. Auch wenn die individuellen Zwecke mit denen der Rechtszwecke identisch sind, werden sie von der Gesetzgebung als Rechtfertigung für gewaltsame Mittel nicht zugelassen. Wenn eine Einzelperson eine andere Person einsperren oder eine andere überwachen möchte – *präventiv* zur eigenen Sicherheit und in Einigkeit mir dem Rechtszweck der ‚Sicherheit‘ –, *würden sich die rechtmäßigen Mittel* der prä-

[1072] *Benjamin* 1965: 32.
[1073] *Benjamin* 1965: 32.
[1074] Zum Konzept der Gewalt bei *Benjamin* siehe *Haverkamp* 2004: 162 ff.
[1075] *Benjamin* 1965: 34.

ventiven Einsperrung und des heimlichen Abhörens *in unrechtmäßige Mittel verwandeln*. Die Begründung der Rechtmäßigkeit der Mittel kann nicht in den Zwecken begründet liegen. Es ist möglich, sagt *Benjamin* weiter, „daß das Interesse des Rechts an der Monopolisierung der Gewalt gegenüber der Einzelperson sich nicht durch die Absicht erkläre, die Rechtszwecke, sondern vielmehr durch die, das Recht selbst zu wahren. Daß die Gewalt, wo sie nicht in den Händen des jeweiligen Rechtes liegt, ihm Gefahr droht, nicht durch die Zwecke, welche sie erstreben mag, sondern durch ihr bloßes Dasein außerhalb des Rechts".[1076] Am Beispiel der ‚Organisierten Kriminalität' ist deutlich geworden, dass sie als ‚Gefahr' für den Staat und seine Regeln[1077] konstruiert worden ist, d. h., dass die bedrohliche Ordnung, die diese ‚Organisierte Kriminalität' konstituieren könnte, gegen die Interessen des Staates und seines Rechts steht, ohne unbedingt ‚gefährlich' für die ‚allgemeine Sicherheit' zu sein. Die ‚mafiosen Strukturen' der ‚Organisierten Kriminalität' haben längst bewiesen, dass sie sich *für die Sicherheit* und Versorgung von vom Staat vernachlässigten Gruppen einsetzen, d. h., dass sie wie der Staat das rechtmäßige Ziel der ‚Sicherheit' verfolgen.[1078]

Dass sich die rechtliche Monopolisierung der Gewalt nicht mit ihren Zwecken erklären lässt, führt *Benjamin* noch weiter aus. Mehrere sachliche Widersprüche zeigen sich in der Rechtslage, wie zum Beispiel im Streik- oder Kriegsrecht, in dem „Rechtssubjekte Gewalten sanktionieren, deren Zwecke für die Sanktionierenden Naturzwecke bleiben und daher mit ihren eigenen Rechts- oder Naturzwecken im Ernstfall in Konflikt geraten können".[1079] Die Kollision von Naturzwecken kann daher zu einer Kollision mit gewaltsamen Mittel führen. Deshalb sei es erforderlich, jede mögliche Gewalt, die eine Konkurrenz der rechtlichen Gewalt sein könnte, auszulöschen. Jede Gewalt könnte eine – normalerweise nicht erwünschte – neue Ordnung bestimmen

---

[1076] *Benjamin* 1965: 35. Diese frühe und scharfe Anmerkung von *Benjamin* scheint sich in gegenwärtigen Überlegungen zu bestätigen. Die Begründung etwa des im Kapitel 2 präsentierten Feindstrafrechts, das für die Beibehaltung eines bestimmten Rechtssystems und des von ihm organisierten Sozialsystems etabliert werden soll, liegt nicht weit entfernt von der benjaminschen Beschreibung.

[1077] „Wir wollen Gesetze ändern, weil die organisierte Kriminalität die Bürger und diesen Staat beschädigen will und dies auch tut. Sie will rechtsfreie Räume schaffen, in denen sie das Sagen hat." (BT-Sitzung 13/197 v. 09.10.1997, S. 17703). Die ‚Organisierte Kriminalität' sei eng verbunden mit „einer hohen Sozialschädlichkeit", die „den einzelnen Bürger, aber auch den ganzen Staat in seiner freiheitlichen Existenz betreffen kann" (BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, S. 19551).

[1078] Erinnert sei an die Idee der latenten und manifesten sozialen Funktionen von *Merton* (1995), nach denen die Mafia tatsächlich Bedürfnisse erfüllen und neue parastaatliche Ordnungen etablieren kann, die sozial positiv zu bewerten sind.

[1079] *Benjamin* 1965: 38.

und auf diese Weise zur Sanktionierung eines „Sieges“[1080] führen, d. h. zur Etablierung eines Sieges, der nicht vom bereits etablierten Recht anerkannt wird und so gar bedrohlich für seine Existenz sein kann.

> *„Diese [Sanktionierung] besteht eben darin, daß die neuen Verhältnisse als neues ‚Recht‘ anerkannt werden, ganz unabhängig davon, ob sie de facto irgendeiner Garantie für ihren Fortbestand bedürfen oder nicht. Es wohnt also, wenn nach der kriegerischen Gewalt als einer ursprünglichen und urbildlichen für jede Gewalt zu Naturzwecken geschlossen werden darf, aller derartigen Gewalt ein rechtsetzender Charakter bei“.*[1081]

Wenn neue Verhältnisse als neues ‚Recht‘ anerkannt werden und wenn dieses Recht auf der Sanktionierung eines gewaltsamen Krieges zu Naturzwecken basiert, basiert dieses Recht auf Gewalt und wird sich nur durch die Monopolisierung dieser Gewalt, die die einzige rechtmäßige Gewalt wird, unabhängig von den Naturzwecken der anderen, als Recht erhalten. Diese Erkenntnis *Benjamins* erklärt den Grund, warum das moderne Recht der einzelnen Person als Rechtssubjekt jede mögliche Gewalt, auch die, die sich nur auf Naturzwecke richtet, nimmt.[1082] Wenn jedes Subjekt das Recht hätte, mit dem Einsatz von Gewalt für die eigenen Naturzwecke zu agieren, müsste der Staat und sein Recht damit rechnen, dass irgendwann die Gewalt eines Anderen höhere Anerkennung bzw. dass sich die von irgendwelchem Subjekt etablierte Gewaltordnung – gegen die Interessen des Staates und seines Rechts – etablieren könnte. Das Recht auf Gewalt, auch wenn diese Gewalt Naturzwecken dient, wird daher jedem Rechtssubjekt genommen, d. h. als Maßnahme zur *Selbsterhaltung des sanktionierten Rechts.*[1083] Die Zirkularität der Rechtfertigung wird von *Butler* erklärt, die behauptet, dass das Recht die Gewalt legitimiert, „die im Namen des Rechts ausgeübt wird“, während die Gewalt „zum Modus“ wird, „in dem das Recht sich begründet und selbst legitimiert“.[1084] Wesentlich für diese Aussage ist, dass ein solches System „gerechter Zwecke durch keine Rechtsvernunft der Welt zu entwerfen ist. Niemals allgemeine, nur verallgemeinerte Zwecke lassen sich vernünftig entwerfen“.[1085]

So klar wie *Benjamin* zunächst durch das Streik- und Kriegsrecht die Gewalt zu Naturzwecken analysiert, beschreibt er als zweite Erkenntnis eine

---

[1080] *Benjamin* 1965: 39.

[1081] *Benjamin* 1965: 39.

[1082] *Benjamin* 1965: 39.

[1083] Die Kritik eines solchen Rechts, und die Möglichkeiten für seine Auflösung sind daher kompliziert: „In der Tat muss man aufhören, eben das ‚Richtige‘ gemäß der herrschenden Rechtsordnung zu tun, um einen Korpus etablierten Rechts, das ungerecht ist, aufzulösen.“ (*Butler* 2007: 22).

[1084] *Butler* 2007: 42.

[1085] *Folkers* 1979: 51.

Gewalt zu Rechtszwecken dank der Analyse des Militarismus. „Denn die Unterordnung der Bürger unter die Gesetze – in gedachtem Falle unter das Gesetz der allgemeinen Wehrpflicht – ist ein Rechtszweck.“[1086]. Durch diese zweite Erkenntnis erreicht Benjamin eine der Hauptthesen seiner Arbeit: *Gewalt wird sowohl für die Einsetzung des Rechts als auch für die Beibehaltung des Rechts umgesetzt.* „Wird jene erste Funktion der Gewalt die rechtsetzende, so darf diese zweite die rechtserhaltende genannt werden“.[1087] Während von der ersten Funktion verlangt wird, dass sie sich gleich nach dem Sieg ausweist, ist die zweite verpflichtet, keine neuen Zwecke zu setzen.[1088] Diese Differenzierung und diese Grenzen zwischen rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt werden nicht immer behalten. Auch das Bundesverfassungsgericht erfüllt diese doppelte Funktion, wenn es die Verfassung interpretiert: Das Bundesverfassungsgericht setzt neue Rechte bei seiner Interpretation der Verfassung und ist zugleich dafür zuständig, die bereits gesetzten Rechte verbindlich zu machen. Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung sind rechtmäßige Mittel, weil sie von der dafür zuständigen Autorität sanktioniert wurden, d. h., weil sie legal sind. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Autorität gerade das Bundesverfassungsgericht ist. Diese Autorität hat in den analysierten Urteilen zugleich eine rechtssetzende und eine rechtserhaltende Gewalt sanktioniert, d. h. legal gemacht. Staatsbefugnisse wurden erweitert (neues Recht) zur Erhaltung der staatlichen Sicherheit (Erhaltungsfunktion) verwendet. Diese Vermischung ist nach *Benjamin* aber problematisch.

6.1.2. Polizei und Recht

Die Polizei als Institution des modernen Staats ist nach Benjamin der beste Beweis der echten Natur dieser zwei Gewalten sowie der Folgen ihrer unkontrollierten Vermischung.[1089] Die *Polizei* ist zugleich *rechtssetzend*, da sie Erlässe mit Rechtsanspruch anordnen darf, und *rechtserhaltend*, da sie diese Zwecke mit der eigenen Struktur und eigenen Mitteln verfolgt. Dagegen sei die Annahme

---

[1086] *Benjamin* 1965: 40.

[1087] *Benjamin* 1965: 40.

[1088] *Benjamin* [1921] 1965: 44.

[1089] Es wird noch zu zeigen sein, dass gerade diese von *Benjamin* als ‚Vermischung' bezeichnete doppelt ausgelegte Funktion der Polizei (rechtssetzend und rechtserhaltend) eine Zielscheibe für die Kritik von *Derrida* wird. *Derrida* behauptet, dass gerade diese Vermischung deutlich macht, dass rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt eigentlich eine und dieselbe Gewalt sei und dadurch nicht zu trennen sei, wie es beim Bundesverfassungsgericht zu beobachten ist.

nicht zutreffend, dass ihre Zwecke gleich denen des übrigen Rechts sind. Der Grund, warum Recht und Polizei analytisch schwer zu trennen sind, lässt sich mit folgender Aussage erklären: "The paradoxical unity of law and order […] runs through the political discourse of modernity."[1090] Am Beispiel der polizeilichen Maßnahmen, die auch rechtlich angenommen werden, ist diese illusorische Trennung zu erkennen: Landespolizeiliche Gesetze zur weiteren Einsperrung von hoch gefährlichen Tätern über die Strafe hinaus werden vom Bundesverfassungsgericht als verfassungswidrig und dennoch als immer noch gültig erklärt. Dem Bundestag wird eine Frist zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gesetzt, um die konkret infrage kommenden Gefangenen weiter eingesperrt behalten zu dürfen. Wo liegen in diesem Fall die Grenzen zwischen polizeilichen und rechtlichen Mitteln? Wo liegt der Unterschied zwischen der rechtssetzenden und der rechtserhaltenden Funktion der Urteile des Bundesverfassungsgerichts? Ein ähnlicher Fall zeigt sich in der Form der Verabschiedung des Gesetzes zur Änderung des Artikels 13 GG und der einfachen Regulierung der akustischen Wohnraumüberwachung. Das Bundesverfassungsgericht hat zugleich Gesetze geprüft, sie teilweise neu ausgelegt und dann die weitere Überprüfung vor dem Hintergrund des von ihm gerade gesetzten Rechts vorgenommen. Die eingeführte strafprozessuale Maßnahme begründet sich aus dem Motiv der ‚Gefahrenabwehr', wie bereits *Hassemer* festgestellt hat: „Das moderne, präventive Strafrecht entwickelt sich zu einem Gefahrenabwehrrecht. Dieser Trend ist stabil; er antwortet auf normative Desorientierung, Verbrechensfurcht und Kontrollbedürfnisse einer Risikogesellschaft."[1091]Diese ‚Desorientierung', ‚Verbrechensfurcht' und ‚Kontrollbedürfnisse' äußern sich zugleich in einem Strafrecht, das sich auch mit Aufgaben des Geheimdienstes und der reinen polizeilichen Funktion des Staates identifiziert. Es ist eine doppelte Entwicklung erkennbar: „Zum einen durch die Übertragung strafprozessualer Aufgaben auf die Nachrichtendienste und zum anderen durch die Austattung der Polizei mit nachrichtendienstlichen Mitteln. Auf diese Weise gelangt man zu polizeilichen Geheimdiensten und zu einer geheimdienstlichen Polizei."[1092]

Drei Passagen der Überlegungen von *Benjamin* über die Polizei verdienen hier besondere Aufmerksamkeit:

a. *„Vielmehr bezeichnet das ‚Recht' der Polizei im Grunde den Punkt, an welchem der Staat, sei es aus Ohnmacht, sei es wegen der immanenten Zusammenhänge jeder Rechtsordnung, seine empirischen Zwecke, die er um jeden Preis zu erreichen wünscht, nicht mehr*

[1090] *Neocleous* 2000: 111.
[1091] *Hassemer* 2006: 332.
[1092] *Welp* 1994: 164.

durch die Rechtsordnung sich garantieren kann.“ [1093] Diese Aussage würde bedeuten, dass nicht alle Zwecke des demokratischen Rechtsstaates mit den Mitteln des liberalen Rechts zu erreichen sind. Die Zwecke, die mithilfe des Rechts nicht zu erreichen sind, laufen im Prinzip gegen die Logik des Rechts. Dies ist aber nicht der Fall. Die *Zwecke des demokratischen Staates* können *entweder durch das Recht oder durch die Polizei* verfolgt werden. Das Recht erweist sich damit quasi als rechtmäßige Instanz, die Polizei legitimiert sich dagegen über eine Form von Sondergenehmigungen. Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung werden ohne Garantien und durch die Beschränkung der Grundrechte in Gang gesetzt zum Zweck der Sicherheit, d. h. zu historisch anerkannten Zwecken. Diese Dispositive des ‚Gefährdungsrechts' werden allerdings als umformulierte rechtliche Mittel konstruiert. Sie werden als rechtliche Mittel konstituiert, die äquivalent zu polizeilichen Mitteln sind.

Das Recht ist dementsprechend nach *Benjamin* kein vollständig staatliches Instrument zur Konstitution, Organisation und Beibehaltung der sozialen Ordnung. Es sei lediglich das scheinbar nette Gesicht des Staates. Die Polizei würde aber die „schmutzige Arbeit" erledigen, die im Grunde genommen eine kaum kontrollierte Vermischung von Gewalten ist.

b. *„Daher greift ‚der Sicherheit wegen' die Polizei in zahllosen Fällen ein, wo keine klare Rechtslage vorliegt, wenn sie nicht ohne jegliche Beziehung auf Rechtszwecke den Bürger als eine brutale Belästigung durch das von Verordnungen geregelte Leben begleitet oder ihn schlechtweg überwacht.“*[1094]

Die ‚Sicherheit der Bevölkerung', die ‚Sicherheit der Ordnung' und letzlich auch die ‚Sicherheit des Staates' sind der Grund, warum die Polizei solche Sonderbefugnisse hat. Die Rechtslage war auch bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung und bei der akustischen Wohnraumüberwachung ursprünglich unklar. Beide Dispositive wurden erst durch die Intervention des Bundesverfassungsgerichts und durch die Umformulierung von Prinzipien und Grundrechten rechtlich geklärt und als ‚Gefährdungsrecht' „der Sicherheit wegen" konstitutiert. Diese Sicherheit ist permanenter Zweck des Staates und immanent ein ‚formloser' leerer Signifikant. In alle Richtungen wird nach sicherheitsgefährdenden Faktoren gefahndet. Diese ‚Sicherheit' ist *diffus*, und so auch die Mittel, die zum Zweck dieser ‚Sicherheit' angewendet werden. Während das Recht regulierend agiert, so *Benjamin*, agiert die Polizei durch direkte Intervention und Einmischung in das Leben der Bürger in Form von Verordnungen, Überwachung etc. Diese Trennung scheint dennoch im Fall der analysierten Dispositive nicht vorhanden zu sein: Bei der Setzung der Risi-

[1093] *Benjamin* 1965: 44.
[1094] *Benjamin* 1965: 44.

kokriterien, die zur Prognose eines gefährlichen Straftäters angewendet werden, und beim Aufbau eines Rasters zur Kontrolle von Brennpunkten der ‚Organisierten Kriminalität' wird regulierend gehandelt. Diese ‚Risikolandkarten' werden aber zugleich polizeilich zur Ausschaltung oder Neutralisierung dieser Risiken angewendet. Die rechtliche und die polizeiliche Form agieren in diesem Sinne miteinander. Die Rechtslage ist dabei trotz Umformulierungen und *Indikatoren* längst unklar und gerade darin liegt nach *Benjamin* die Stärke der Polizei: Die Regeln dürfen jederzeit entstehen (rechtssetzende Gewalt) und mit beliebigen Mittel durchgesetzt werden (rechtserhaltende Gewalt). Für die rückwirkende Verabschiedung des Gesetzes zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung lässt sich feststellen, dass die Rechtslage nicht rechtzeitig entstanden ist, da sie zunächst ohne Warnung polizeilich beschlossen und erst nachher als nachträgliche Sicherungsverwahrung als Recht legitimiert worden ist. Sie ist auch nicht mit der Verabschiedung angewendet worden, sondern rückwirkend. Auch in den konkreten Fällen, in denen abgekoppelt von der konkreten Anlasstat die Anordnung der Sicherungsverwahrung kurz vor der Entlassung gegeben werden kann, scheint die Situation eher polizeiliche – nicht rechtliche – Nuancen anzunehmen. Die unklare Rechtslage (Diffusion) bei polizeilicher Intervention lässt sich auch bei der akustischen Wohnraumüberwachung feststellen. Hier wurde nicht einmal überprüft, welche ‚Gefahren' es zu verhindern gilt, da die Beteiligten nicht imstande waren, das Wesen der ‚Organisierten Kriminalität' zu definieren. Die polizeiliche Intervention muss dennoch vor Ort und praktisch *„live"* nach den bekannten Indikatoren entscheiden, die weit entfernt von jeder rechtlichen Klarheit und Bestimmtheit sind, ob die Intervention den Kernbereich der Privatsphäre der Betroffenen berührt oder nicht. Bei jeder Intervention der akustischen Wohnraumüberwachung und bei jeder Entscheidung über die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung wird polizeilich und ohne Distanz rechtssetzende und rechtserhaltende Gewalt ausgeübt. Damit verschärft sich ein „Grundproblem" der Polizei, die sich bei der „Ermessenslizenz prinzipiell zwischen Rechtssetzung und Rechtserhalt bewegt und mithin eine Form souveräner Macht zwischen Recht und Gewalt darstellt."[1095]

c. *„Im Gegensatz zum Recht, welches in der nach Ort und Zeit fixierten ‚Entscheidung' eine metaphysische Kategorie anerkennt, durch die es Anspruch auf Kritik erhebt, trifft die Betrachtung des Polizeiinstituts auf nichts Wesenhaftes"*.[1096]

Die „nach Ort und Zeit fixierte ‚Entscheidung'" des Rechts scheint mit der Voraussicht des Rechts zu tun zu haben, mit seiner Distanz und Neutralität gegenüber jeder konkreten Tat, die seine Umsetzung hervorrufen könn-

[1095] *Krasmann* 2007b: 81.

[1096] *Benjamin* 1965: 44 f.

te.[1097] Diese Distanz verleiht dem Recht seine beinahe metaphysische Natur. Über diese Distanz verfüge die Polizei dagegen nicht. Deshalb sieht sich die Polizei nach *Benjamin* untrennbar an die alltäglichen, irdischen und konkreten Fälle gebunden.

Die Polizei, auch wenn sie je nach Zeit und Ort anders entstanden, organisiert und ausgerüstet ist, sieht sich überall und stets mit ähnlichen Herausforderungen und Problemen konfrontiert.[1098] Gegenwärtig sieht man dies besonders deutlich, da ihre Befugnisse ständig ausgeweitet werden und zugleich komplizierter Natur sind. Eine ursprüngliche administrative Regierungstechnik, um „Wohlleben und Ordnung" zu bewahren, geht immer mehr mit den Aufgaben eines „Rechts der Polizei" einher.[1099] Die administrative Technik für das ordentliche Zusammenleben geht allerdings mit der Erweiterung des Ausnahmezustands einher, was beim Umgang der Polizei mit den alltäglichen Übertretungen deutlich wird.[1100] In England wurden im Bereich des Strafrechts drei der vier Institutionen, die sich seit dem 12. Jahrhundert mit der Verfolgung und Veurteilung von ‚Verbrechern' beschäftigt haben („the judge and the grand jury, the coroner and his jury, the justices of the peace, and the police"[1101]), als administrative Organe errichtet und sind im Laufe der Jahrhunderte in Justizorgane umgewandelt worden. Sogar *the police* ist immer noch eine administrative Institution und zeigt immer mehr richterliche Eigenschaften.[1102]

Das eigentliche Problem liegt aber darin, dass das Zusammenwirken und Verschwimmen von Aufgaben und Zielen, die nach einer modernen liberalen Gewaltenteilung und Grenzziehung (Merkmale des Rechtsstaates) vermieden werden sollten, vermutlich dem Staat immanent sind. Auf diese Erkenntnis hat bereits *Benjamin* hingewiesen. Die gestaltlose und diffuse polizeiliche Gewalt hat in den zivilisierten Staaten gespenstische Merkmale erhalten, da „ihr Geist weniger verheerend ist, wo sie in der absoluten Monarchie die Gewalt des Herrschers, in welcher sich legislative und exekutive Machtvollkommenheit vereinigt, repräsentiert, als in Demokratien, wo ihr Bestehen, durch keine derartige Beziehung gehoben, die denkbar größte Entartung der Gewalt

---

[1097] Diese Distanz und Voraussicht lassen sich als Merkmale einer Logik von *governance-at-a-distance* bezeichnen. Demgegenüber kann die polizeiliche Logik, die Benjamin präsentiert, als *governance-without-distance* verstanden werden (siehe *Böhm* 2007a). Später werden diese Ideen wieder aufgegriffen und auf die gegenwärtige Rechtslage angewandt.

[1098] Über die Geschichte der englischen Polizei als angelsächsiches Beispiel der benjaminschen Gedanken siehe *Maitland* 1974, *Devlin* 1958, *Rivlin* 2004.

[1099] *Benjamin* 1965: 44.

[1100] *Tiscornia* 2004.

[1101] *Devlin* 1958: 1.

[1102] *Devlin* 1958: 1.

bezeugt".[1103] Die Etablierung, Verflechtung und Naturalisierung der Polizei in den gesellschaftlichen Machtmechanismen ist aber so alt und stark, dass ihre Gewalt und Effekte schon nicht mehr auffällig sind oder infrage gestellt werden. Sie seien nicht infrage zu stellen, auch wenn sie sich in so gewalttätigen Formen wie Razzien zeigen, die immer noch von der Polizei und für die Sicherheit ausgeübt werden. Die typischen lateinamerikanischen Razzien in Elendsvierteln und die englischen *Stops and Searches* zeigen interessanterweise Ähnlichkeiten, die die Eigenmächtigkeit der Polizei und die Hilflosigkeit und Alternativlosigkeit der Betroffenen verdeutlichen.[1104] Sie sind deutliche Äußerungen für die doppelte Funktion der Polizei: Schaffung eines harmonischen Zusammenlebens und zugleich aggressive Sicherheitsgewährung:[1105] "The service/force debate rests on a false dichotomy. Insofar as the two roles are distinguishable, they are interdependent. In truth, both 'service' and 'force' roles derive from the mandate of *order maintenance.*"[1106] Dasselbe scheint in der Gegenwart auch für das Recht zu gelten.[1107] Die Etablierung und Naturalisierung der polizeilichen Gewalt folgt nach *Tiscornia* der Logik von „Wahrscheinlichkeit" und „Glaubwürdigkeit":

> *„Meiner Meinung nach liegt das Problem der besonderen Bindung zwischen Sicherheits-Prävention und Verbrechen-Polizei darin, dass die Repräsentation wichtiger als das Repräsentierte ist. Die Repräsentation einer vollständigen eindringenden und willkürlichen Kontrolle ist wichtiger als die reale Möglichkeit, dass die grundsätzlichsten Rechte von sämtlichen Bevölkerungen oder Gruppen von Personen suspendiert werden: auf die Straße zu gehen, ein Rockkonzert zu besuchen, öffentlich auf der Straße zu demonstrieren. Das Problem liegt auch darin, dass diese Rechte deswegen suspendiert werden, weil diese Leute Gesichter von Verdächtigen, von Dunkelhäutigen, von Obszönen, von Wilden, von Dieben, von Prostituierten, von Terroristen oder von Ausländern haben."*[1108]

Diese polizeiliche Funktion, die der von *Benjamin* beschriebenen formlosen und zugleich diffusen sowie unverhältnismäßigen polizeilichen Tätigkeit ähnelt, wird auch auf anderer Ebene betont: die Präventionslogik, die gewalttätige und nicht distanzierte Handlung, die mit der Kontrolle bzw. mit der Minimierung von Risikopopulationen und/oder Risikopersonen einhergeht. In dem Moment, in dem Bürger diesen Gruppen zugerechnet werden bzw. diese Gruppen problematische Merkmale zeigen und auf sie gewalttätig und nicht distanziert interveniert wird, werden sie zu ‚Gefährdern'. Das ‚Gefährdungs-

---

[1103] *Benjamin* 1965: 45.
[1104] Siehe *Tiscornia* 2004, *Hillyard* 1993.
[1105] *Tiscornia* 2004.
[1106] *Neocleous* 2000: 94.
[1107] Ebenso *Hillyard* 1993: 170 ff.
[1108] *Tiscornia* 2004: 88 f. (Übersetzung M.L.B.).

recht', das als Verflechtung von Recht und Polizei entsteht, wird durch seine Glaubwürdigkeit legitimiert. Die Repräsentation schaffe Glaubwürdigkeit und auf diese Weise Legitimität:[1109] "The idea that the police are concerned first and foremost with crime is in fact a self-serving and convenient obfuscation. It is a myth – a convenient legitimizing myth, but a myth nevertheless – which panders to the law and order lobby by mystifying the real issues which underline the police project."[1110] Die Wichtigkeit dieser Glaubwürdigkeit zeigt sich auch in den Berichten und Vorschlägen des britischen Home Office bezüglich der typischen englischen Praktik des *Stop and Search*: "Police officers should manage stopps and searches encounters in ways which maximise public trust and confidence."[1111] Schon bei den früheren umstrittenen *PTAs* (Prevention of Terrorism Acts) in den 1970er und 1980er Jahren sollte die englische Polizei glaubwürdig erscheinen, auch wenn die *stopped and researched*-Individuen schon damals sehr entwürdigende und/oder gewalttätige Erfahrungen mit diesen Praktiken gemacht haben.[1112] Diese Praktiken werden aber normalerweise nicht nur nicht abgelehnt, sondern mehrmals von der Bevölkerung für die Bewahrung der Sicherheit gefordert. Die Akzeptanz der Gruppenkontrolle ist ein geeignetes Beispiel für die Naturalisierung und Wahrscheinlichkeit (*verosimilitud*) der polizeilichen Funktion.[1113]

Zurück zu *Benjamin*. Die zitierten Passagen, die *Benjamin* der polizeilichen Gewalt und ihrer Bindung mit dem Recht widmet, haben nicht an Aktualität verloren. Dass die Naturzwecke des Staates nicht nur mit den Mitteln des Rechts zu erreichen sind, wird von *Benjamin* hervorgehoben. Seiner Meinung nach greift der moderne Staat auf die Institution der Polizei zurück, die die rechtssetzende und rechtserhaltende Gewalt innehat, um jene Zwecke zu erreichen. Angesichts der gegenwärtigen erläuterten Transformationen in der Kriminalpolitik, in der Grundgesetzkontrolle und bei den Strafrechtsprinzipien ist folgende Frage unvermeidbar: Inwieweit sind die von *Benjamin* analysierten

---

[1109] Diese Frage erinnert an die Äußerungen des *Bundesinnenministers Wolfgang Schäuble*, der das Grundgesetz ändern will, um mehr Befugnisse für Interventionen zu erhalten und dadurch die Glaubwürdigkeit in der Öffentlichkeit zu erhöhen (in *Der Spiegel*, Nr. 28/9.7.07, S. 33).

[1110] *Neocleous* 2000: 92. In diesem Text präsentiert der Autor sehr kritisch ein *expanded concept of police* und analysiert, warum die Formen der Polizei nicht unbedingt ‚illegal' sind, sondern logische Folgen einer administrativen Aufgabe, die zugleich *quasi-legislativ* und *quasi-judicial* und Teil eines *law and administration continuum* ist. Siehe *Neocleous* 2000: 93, 104. Die Polizei als konstitutives Element des Staates und als unvermeidliches Mittel für die Gewährung von Ordnung lässt sich deshalb als formlos und gespenstisch – wie es *Benjamin* sagte – ähnlich wie die formlose und gespenstische Staatsmacht zeigen.

[1111] *Home Office* 2000: 90.

[1112] Siehe *Hillyard* 1993.

[1113] *Tiscornia* 2004: 88.

Sonderbefugnisse der Polizei bereits ein Teil des Rechts geworden? Die Zusammensetzung von rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt ist in dem Diskurs des Bundesverfassungsgerichts enthalten. Die Sonderbefugnisse der Polizei – Unmittelbarkeit, Diffusion, fehlende Distanz – sind Teil des vom Bundesverfassungsgericht konstruierten Strafrechts.

Die Rechtsordnung strebt nicht mehr nach ‚metaphysischer' Erklärung ihrer Zwecke, sondern Unmittelbarkeit, mangelnde Distanz und Spontaneität sind Merkmale eines gegenwärtigen ‚Gefährdungsrechts'.

Die gewalttätige Natur des Rechtes zeigt sich offen, sowohl bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung als auch bei der akustischen Wohnraumüberwachung. „Alle Gewalt ist als Mittel entweder rechtsetzend oder rechterhaltend. Wenn sie auf keines dieser beiden Prädikate Anspruch erhebt, so verzichtet sie damit selbst auf jede Geltung. Daraus aber folgt, daß jede Gewalt als Mittel selbst im günstigsten Falle an der Problematik des Rechts überhaupt teilhat."[1114] Das Rechtssystem selber basiert auf einer rechtsbegründenden Gewalt, die „ohne Rechtfertigung" operiert.[1115]

Das ‚Gefährdungsrecht' ist eine sanktionierte Gewalt, die zugleich rechtssetzend und rechtserhalten agiert. Seine Rechtmäßigkeit macht es nicht weniger gewalttätig, sondern *wahrscheinlicher*.

6.2. Jacques Derrida

Inhaltlich verknüpft sich die Arbeit von *Jacques Derrida* über Recht und Gesetz unmittelbar und grundsätzlich mit der Arbeit von *Walter Benjamin*. In seiner *Gesetzeskraft*[1116] macht *Derrida* eine ausführliche Inspektion von *Zur Kritik der Gewalt* und führt einige Folgen weit über die Ergebnisse *Benjamins* hinaus. In diese Aufgabe ‚addressiert' er das Problem der Gerechtigkeit durch eine Dekonstruktion, die auch wesentliche Fragen des Rechts erkundet.[1117]

[1114] *Benjamin* 1965: 45.
[1115] *Butler* 2007: 27.
[1116] *Derrida* 1991.
[1117] *Derrida* 1991: 21.

6.2.1. To enforce the law

In *Gesetzeskraft* zeigt *Derrida* seine Bewunderung für eine englische Wendung: ‚to enforce the law' oder ‚enforceability of the law'. Die Gewalt, die das Recht innehat, sei in diesem englischen Ausdruck deutlich enthalten. „Das Wort ‚enforceability' erinnert daran, daß es kein Recht gibt, das nicht *in sich selbst, a priori, in der analytischen Struktur seines Begriffs die Möglichkeit einschließt*, ‚enforced', d. h. mit oder aufgrund von Gewalt angewendet zu werden".[1118] Die Alternative, dass das Recht *mit Gewalt* angewendet wird, wäre die Auslegung von *Benjamin*, der die *Gewalt als Mittel des Rechts* erklärt. Die andere Alternative, d. h., dass das *Recht als Instrument aufgrund von Gewalt* angewendet wird, wäre eher eine *foucaultsche* Erklärung, wie noch auszuführen ist. Die Frage lautet: „Wie soll man zwischen dieser Gewalt, dieser Kraft [*force*] des Gesetzes, dieser ‚Gesetzeskraft' […], und einer Gewalt(tätigkeit) [*violence*], die man immer für ungerecht hält, unterscheiden?"[1119] Diese Unterscheidung fällt zumindest schwer, wenn man das Gesetz – wie *Kafka* es in der *Strafkolonie* meisterlich grausam beschrieben hat – und das Rechtsystem überhaupt als einen Mechanismus sozialer Kontrolle versteht, der nur dadurch funktioniert, „daß es das Urteil auf den Rücken seiner Opfer einschreibt."[1120] Die Frage von *Derrida* bleibt allerdings berechtigt: „Was ist eine gerechte Gewalt, eine Gewalt, die nicht gewalttätig ist?"[1121] Diese Frage führt ihn zu einer Überlegung von *Pascal*:

> *„Gerechtigkeit, Kraft/Gewalt. – Es ist gerecht und angemessen, daß jenes, was gerecht und angemessen ist, befolgt wird; es ist notwendig, daß man jenem folgt, was stärker und kräftiger ist. Die Gerechtigkeit ohne Kraft ist kraftlos, ohnmächtig; Kraft (Gewalt) ohne Gerechtigkeit ist tyrannisch. Gerechtigkeit ohne Kraft (Gewalt) wird nicht anerkannt, weil es immer Bösewichte gibt; Kraft (Gewalt) ohne Gerechtigkeit wird angeklagt. Man muß also Gerechtigkeit und Kraft (Gewalt) zusammenstellen, damit was gerecht und an-*

[1118] *Derrida* 1991: 12 (Hervorgehoben im Original).

[1119] *Derrida* 1991: 12 f. (Hervorgehoben im Original).

[1120] *Cornell* 1994: 91. Wie es *Cover* (1986: 1605) stellte: „Recht ist niemals bloß ein mentaler oder spiritueller Akt. Eine rechtliche Welt wird nur in dem Maße aufgebaut, wie es Verpflichtungen gibt, mit denen Körper ins Spiel gebracht werden. Die Folterung des Märtyrers ist eine extreme und abstoßende Form der organisierten Gewalt von Institutionen. Sie erinnert uns daran, daß die in der Auslegung bestehenden Verpflichtungen von Amtsträgern in der Tat im Fleisch verwirklicht werden." [Übersetzung nach Hans-Dieter Gondek].

[1121] *Derrida* 1991: 13.

> *gemessen auch stark und kräftig, was stark und kräftig auch gerecht und angemessen ist.“*[1122]

An die von *Derrida* gestellte Frage, ob eher die Gerechtigkeit oder die Kraft/Gewalt vorschreibt, was befolgt werden muss, antwortet er selbst, dass „die Gerechtigkeit als solche den Rekurs auf Gewalt (Kraft) erfordert. Das Gerechte und Angemessene der Gerechtigkeit impliziert folglich die Notwendigkeit der Gewalt (Kraft).“[1123] Wenn auch Gerechtigkeit und Recht heterogene Dinge darstellen, sind sie immerhin untrennbare Begriffe, die stets mit der Frage der Gewalt verbunden sind. Ähnlich wie die hier dargelegte Problematik von Gerechtigkeit und Gewalt präsentierte *Derrida* auch eine enge Beziehung zwischen Recht und Stärke, indem er die Idee des „Rechts des Stärkeren“ u. a. durch die Fabel *Der Wolf und das Lamm* von *Jean de La Fontaine* und durch eine kurze Geschichte, die von *Platon* über *Niccolo Machiavelli*, *Thomas Hobbes* und *Pascal*, weiter über *Jean-Jacques Rousseau* und *Immanuel Kant* läuft, illustriert.[1124] Recht und Gewalt, Gewalt und Gerechtigkeit, Gerechtigkeit und Kraft, Stärke und Recht. Alle diese Begriffe scheinen ein *continuum* zu bilden, das nicht aufzulösen ist. Sie verschieben sich aufeinander und verleihen sich gegenseitig weitere Bedeutungen.

Deswegen ist es nicht überraschend, dass die Wendung *to enforce the law* eine solche Anziehungskraft auf Derrida ausgeübt hat. Die Wendung selbst ist eine scharfe Dekonstruktion der Struktur des Rechtskonzepts, das nicht unmittelbar mit dem „Guten“ oder mit dem „Richtigen“ des Rechts, sondern mit seiner Umsetzungsmacht zu tun hat. Diesen Zusammenhang beschreibt *Cornell* am folgenden Beispiel: „Der Verbrecher ‚nimmt‘ das Urteil nicht deshalb ‚an‘, weil er die Richtigkeit dessen, was ihm im Namen eines geteilten gemeinschaftlichen Standards des Guten widerfährt, anerkennt, sondern der Erzwingungsmacht des Staates wegen.“[1125]

6.2.2. Das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit

Derrida gelangt zu der für ihn eindeutigen Erkenntnis: „Das Recht ist nicht die Gerechtigkeit. Das Recht ist das Element der Berechnung.“[1126] Das Recht ist ein Instrument, das Kalküle über Handlungen und über konkrete Entschei-

---

[1122] Pascal in *Derrida* 1991: 22. *Derrida* zitiert hier den Gedanken Nr. 298 (S. 470) folgender Ausgabe: *Pascal*, *Pensées et opuscules*, Paris: édition L. Brunschvicg, 1912.

[1123] *Derrida* 1991: 23.

[1124] *Derrida* 2006a: 101 f., 132.

[1125] *Cornell* 1994: 90.

[1126] *Derrida* 1991: 33.

dungen erleichtern soll. In diesem Kontext ist das Recht *dekonstruierbar*, die Gerechtigkeit hingegen nicht, wenn es so etwas wie eine Gerechtigkeit als solche gibt, die außerhalb des Rechts steht.

> *„In der Gestalt des Rechts scheint die Gerechtigkeit aber die Allgemeinheit einer Regel, einer Norm oder eines universalen Imperativs vorauszusetzen. Wie soll man den Akt der Justiz [*acte de justice*], der stets ein Besonderes in einer besonderen Lage betrifft, Individuen, Gruppen, unersetzbare Existenzen, mich,* einen/den/als *anderen, mit der Regel, der Norm, dem Wert oder dem Imperativ der Justiz in Einklang bringen, wenn diese zwangsläufig eine allgemeine Form aufweisen, mag es sich auch um eine Allgemeinheit handeln, die eine jeweils besondere Anwendung vorschreibt?"*[1127]

Durch den Akt der Justiz sieht sich nicht die allgemeine Gerechtigkeit angewandt, sondern das Recht. Der individuelle Justizakt ist eine Anwendung des Rechts, d. h. die konkrete Anwendung einer Norm, die vom Recht vorausgesetzt wird. Die Allgemeinheit der Gerechtigkeit erfordert bzw. materialisiert sich in allgemeinen Normen, Regeln und Imperativen, die jedoch in jedem konkreten Fall zugleich respektiert, aufgehoben und noch mal ‚gerecht' beschlossen sein sollen, was *Derrida* ein *‚fresh judgement'*[1128] nennt. Die Allgemeinheit ruft aber nach Neutralität, nach einer *nichtbetroffenen* Stimme, die in jedem konkreten Fall die allgemeinen Vorsätze sachlich richtig anwendet. Die Schwierigkeiten einer solchen Umsetzung liegen auf der Hand: Wer kann tatsächlich neutral und nichtbetroffen von einer Entscheidung sein? Diese Schwierigkeiten scheinen aber in vielen Fällen von Anfang an festgestellt worden zu sein. In diesen Fällen ist die Möglichkeit eines *fresh judgement* von Anfang an ausgeschlossen. Dies ist der Fall bei den Dispositiven der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung, die trotz ihrer rechtlichen Unstimmigkeiten in ein verfassungskonformes Recht transferiert worden sind. Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts verleihen jedoch keine „Gerechtigkeit", sondern lediglich *Gesetzlichkeit*. Die Gerechtigkeit in der Gestalt des Rechts impliziert ein Element der Allgemeinheit: „den Rekurs auf ein Drittes, das die Einseitigkeit oder die Besonderheit der jeweils eigenen Sprachen aufhebt".[1129] Die eigenen Sprachen, die parteiischen Sprachen müssen aufgehoben werden. Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung können dagegen nur umgesetzt werden, indem ihre Entscheidungen nicht neutral und nicht distanziert getroffen werden. In ihrer Offenheit und Unbestimmtheit machen sie Neutralität, Distanz und Allgemeinheit der Sprache unmöglich, da in jedem

[1127] *Derrida* 1991: 34 f. (Hervorgehoben im Original).
[1128] *Derrida* 1991: 47.
[1129] *Derrida* 1991: 35.

konkreten Fall das Recht nicht nur angewendet, sondern zunächst vollständig ‚geschrieben' werden muss. *Die Beamten des Strafvollzugs und die Beamten, die Wohnräume abhören, sprechen Recht und setzen Recht gleichzeitig um, wenn sie vor Ort und unmittelbar über Risikofaktoren des Verhaltens im Gefängnis und des Verhaltens in den Wohnräumen entscheiden müssen. Die unmittelbar angreifende Intervention, die dieser Entscheidung folgt, macht aus dem ‚Gefährdungsrecht' eine kraftvolle gesetzliche Instanz.* Die festgeschriebene Gesetzlichkeit wird allerdings, auch wenn sie nicht „neutral" ist, als solche angenommen. Es liegt in der Struktur des Rechts, dass „dieser Prozeß der Auslegung […] sich auf das Versprechen eines versöhnten Ganzen oder des Guten, das selbst bloß eine Auslegung ist und nicht das letzte Wort darüber, was das Gute der Gemeinschaft tatsächlich sein könnte" beruft. Allerdings muss einschränkend hinzugefügt werden: „Wenn eine Rechtsauslegung als diejenige bestätigt wird, die das Gute darstellt, so wird sie gegenüber der anderen durchgesetzt, als wäre das Gute vollendet."[1130] Diese Auslegung und Vollendung wird diskursiv und daher institutionell anerkannt. Diese Auslegung und Vollendung wird zwar als neutrale Wahrheit glaubhaft gemacht, kann diesen Zweck aber niemals erfüllen. Sie vollzieht sich in der Sprache derjenigen, die im konkreten Fall das Recht schreiben, interpretieren und umsetzen müssen: Die Sprache der Polizeibeamten, die strafprozessuale Beweise erlangen möchten und „Gangsterwohnungen" von ‚gefährlichen kriminellen Banden' abhören, kann nicht „neutral" sein. Es erscheint zumindest fraglich, ob sie *in situ* und unmittelbar neutral bleiben können, um die rechtmäßige akustische Wohnraumüberwachung verfassungskonform durchführen zu können.

Die Idee *Derridas* von Gerechtigkeit zeigt ähnliche Züge wie die oben dargelegte Überlegung *Benjamins* bezüglich des Verhältnisses zwischen Recht und Polizei. Es gibt immerhin Unterschiede zwischen beiden Autoren, die zentral und hervorzuheben sind: Während für *Benjamin* das Recht eine Art ‚metaphysische' Aura hat – wegen der zeitlichen und räumlichen Distanz seines Vokabulars –, die die Polizei, da sie konkreter und näher mit der jeweiligen Situation befasst ist, auf keinen Fall zeigen kann, ist das Recht für Derrida eher der konkrete und nähere – imperfekte – Ausdruck eines Projekts, das in seinem Ursprung und seiner *Allgemeinheit* die Gerechtigkeit sei. Für *Benjamin* sind Recht und Polizei eng miteinander verbunden. Für *Derrida* sind Recht und Gerechtigkeit ebenfalls eng miteinander verbunden. Die Komponenten beider Paare weisen sich trotzdem gegenseitig ab – sowohl im derridaschen als auch im benjaminschen Schema: Dort wo das Recht herrscht, kann die Polizei nicht agieren. Dort, wo das Recht angewandt wird, gibt es keinen weiteren Platz für die Gerechtigkeit.

[1130] *Cornell* 1994: 92.

Die Gerechtigkeit ist als Recht nur gerecht auszuüben, wenn diese Ausübung ein *‚fresh judgement'* ist. „Sie muß das Gesetz erhalten und es zugleich so weit zerstören oder aufheben, daß sie es in jedem Fall wieder erfinden und rechtfertigen muß; sie muß es zumindest in dem Maße wieder erfinden, indem sie erneut sein Prinzip frei bestätigen und bejahen muß."[1131]

Diese Annahme beschreibt natürlich eine Paradoxie, die dazu führt, dass Derrida vorschlägt, nicht von gerecht oder ungerecht bei der Anwendung des Rechts zu sprechen, sondern von ‚gesetzmäßig' oder ‚legitim', was freilich das Problem der Gerechtigkeit ausblendet.

> *„Denn im Augenblick der Gründung oder der Einrichtung dieses Rechts, wird sich genau dieses Problem der Gerechtigkeit gestellt haben, wird es gewaltsam gelöst worden sein, also begraben, verborgen, verdrängt. Das beste Paradigma ist hier das der Gründung der Nationalstaaten oder der Akt, der den Grund für eine Verfassung legt und jenes instauriert, was man im Französischen* état de droit *(und im Deutschen Rechtsstaat) nennt".*[1132]

Die Verfassung und der von ihr etablierte Rechtsstaat waren nur möglich durch die Zerstörung bzw. durch die Aufhebung der Gerechtigkeit. Folglich ist auch das Recht, das nicht länger als gerecht oder nicht gerecht, sondern in seiner Gesetzmäßigkeit bzw. in seiner Legitimität zu bewerten ist, legitim.[1133]

Dieses Recht, das nicht gerecht sein kann, und diese Verfassung, die die Gerechtigkeit aufhebt, sind vom Bundesverfassungsgericht immer wieder bestätigt werden. Die Gründung, die Einrichtung und die Anwendung des Rechts präsentieren daher immer dasselbe Problem. Das Problem ihrer (fehlenden) Bindung zur Gerechtigkeit. Weil das Recht der Grundstein jedes Rechtsstaates ist, dehnt sich die Frage auf jeden Staat aus, der den Anspruch auf eine neutrale Sprache mit seinen Bürgern erhebt, d. h., der die Sprache des Rechts als neutral und distanziert versteht. Das Problem dehnt sich auf andere Komplexe aus, die eng an die Frage des Rechts und der Gerechtigkeit gebunden sind.

[1131] *Derrida* 1991: 47 f.

[1132] *Derrida* 1991: 48 (Hervorgehoben im Original).

[1133] Die Analyse von *Derrida* ist daher sehr hilfreich, weil er ein Verständnis vom Recht „als *nomos*" entwickelt, „der nicht auf den objektiven Sinn einer errichteten rechtlichen Konvention reduziert werden kann – weil das Gute des *nomos* selbst ständig Transformationen durchläuft – und der zugleich nicht nur eine utopische, von außen kommende Projektion ist." (*Cornell* 1994: 89).

6.2.3. Recht und Gewalt

Derrida verknüpft das Denken des Politischen und das Denken der Demokratie mit dem Denken der *différance*:[1134] Es geht „um die Differenz [différence] als Verweis auf das andere und den anderen, das heißt als unleugbare – ich betone: *unleugbare* – Erfahrung der Andersheit des anderen, des Heterogenen, Singulären, Nicht-selben, Verschiedenen, der Asymmetrie und Heteronomie“.[1135]

> *„Die Politisierung etwa ist ein endloser Prozeß, sie kann und darf aber niemals zu einem Abschluß kommen, eine totale Politisierung sein. […] Jedes Vorstoßen der Politisierung zwingt uns dazu, die Grundlagen des Rechts, die aus einer schon erfolgten Berechnung und Abgrenzung resultieren, erneut in Erwägung zu ziehen und folglich neu zu deuten.“*[1136]

Es geht um unendliche Prozesse, die ein *continuum* bilden, und die nur durch gewalttätige Entscheidungen oder durch das Recht aufgehalten werden können.[1137] Die Politisierung des Rechts kann wohl mit der *benjaminschen* Geschichtlichkeit des Rechts in Beziehung gesetzt werden. Beide Ideen geben dem Rechtskonzept eine zeitliche und örtliche Temporalität, die freilich die obskure Bindung von Recht und Gewalt betont. Bei der Analyse der *benjaminschen* Monopolisierung der Gewalt seitens des Rechts fragt sich *Derrida*, ob es nicht eine tautologische Erklärung ist, die Gewalt des Rechts durch den Schutz des Rechts zu erklären. Dieses Recht und seine Gewalt werden in jedem historischen Moment neu definiert und legitimiert und hängen von der singulären historischen Situation ab. Es geht um kontingente Konstruktionen, die weder fixiert noch vollständig sind und daher trotz ihrer Konkretisierung immer noch diffus bleiben. Kontingent und diffus sind die Kriterien zur Gefährlichkeitsprognose eines Gefangenen, die längst, nachdem er seine Tat begangen hat, und längst, nachdem seine Tat richterlich bewertet wurde, abgewogen werden. Kontingent und diffus sind auch die Indikatoren für die konkrete Entscheidung über das weitere Abhören oder über die sofortige Beendigung einer Aufzeichnung. In beiden Fällen gibt es ein kontingentes und ein diffuses Recht, das allerdings im konkreten Moment aufgehoben und erneut konstruiert werden muss und daher polizeilich, unmittelbar und offensiv ist. Dieses Recht, trotz all dieser Mangel, erkennt sich selber als Recht. Dieses

[1134] *Derrida* 2006a: 63. Für die *différance* von Derrida siehe *Derrida* 1975: 152 f., *Derrida* 1976: 11.
[1135] *Derrida* 2006a: 61 (Hervorgehoben im Original).
[1136] *Derrida* 1991: 58.
[1137] *Cornell* 1994: 85.

Recht verfügt über eine verfassungsrechtliche Autorität, sich selbst als Sprecher eines legitimen Rechts zu sehen.

> *„Dem Anschein nach handelt es sich hierbei um eine tautologische Trivialität. Ist indes die Tautologie nicht die phänomenale Struktur einer bestimmten Gewalt des Rechts, das sich selbst setzt, indem es dekretiert, daß all jenes gewaltsam (ungesetzlich, dem Gesetz äußerlich) ist, was es nicht anerkennt? Performative Tautologie oder Synthese a priori, die die Struktur einer Gesetzesgrundlegung bildet – einer Gesetzgrundlegung, die wie jede andere Grundlegung auch die Möglichkeit schafft, auf performative Weise die Konventionen zu erzeugen, die die Gültigkeit des Performativums sichern, dem sich die Mittel verdanken, über die Legalität der Gewalt zu entscheiden“.*[1138]

Dieselbe Einsperrung ist zwar zugleich verfassungswidrig und unrechtmäßig, aber trotzdem als gültig und rechtmäßig anerkannt. Das Recht macht diesen Widerspruch möglich. Das Abhören ist verfassungswidrig, wenn die Privatsphäre angetastet wird, und trotzdem rechtmäßig, wenn dieselbe Maßnahme – nach unklaren Indikatoren, die das Bundesverfassungsgericht gesetzt hat – gemäß den im Gesetz geschriebenen Regulierungen durchgeführt wird. Die Privatsphäre ist immer noch berührt, aber das Bundesverfassungsgericht hat performativ eine Unterscheidung geschaffen. Einsperrung ist nicht gleich Einsperrung, und Abhören ist nicht gleich Abhören. Nur das Recht hat die Möglichkeit, Grenzen zu ziehen, ein ‚Gefährdungsrecht' zu konstruieren und es dennoch rechtmäßig erscheinen zu lassen. Das Recht entscheidet durch das Bundesverfassungsgericht über die Mittel und über die Legalität der Gewalt. *Derrida* behauptet ferner und bezieht sich dabei auf *Benjamin*, dass die Gewalt, die dem Recht innewohnt, mit dem kategorischen Imperativ Kants nicht zu kritisieren sei. „Mit der ihm eigenen Gewalt beansprucht das Recht, eben die Menschheit als Zweck anzuerkennen und zu verteidigen, und zwar in der Person eines jeden Einzelnen. Eine rein moralische Kritik der Gewalt erweist sich also als ebenso ungerechtfertigt wie ohnmächtig“.[1139] Eine moralische Kritik der Rechtsgewalt im Sinne Kants würde tatsächlich scheitern, wenn diese Gewalt zugunsten *aller* Menschen ausgeübt würde und sie *alle* Menschen zum Zweck hätte. In diesem Fall könnten wir *Benjamin* und *Derrida* zustimmen. Das ist aber nicht der Fall. Wie aus der Analyse zu entnehmen ist, werden nur diejenigen verteidigt, die als harmlos betrachtet werden. Das ‚Gefährdungsrecht' konstruiert bestimmte Adressaten. Sie werden konstruiert und dann beseitigt. Diese exkludierende Logik ist bei Kant nicht vorhanden.[1140] Die Gewalt, die einem bestimmten Recht innewohnt, bedeutet *ab initio* eine Exklusion, die

[1138] *Derrida* 1991: 73.

[1139] *Derrida* 1991: 88.

[1140] Vgl. dazu *Arnold* 2006, der ausführlich *Jakobs* kritisiert, weil dieser u. a. auf *Kant* zugreift, um sein Feindstrafrecht zu begründen.

zwischen denen, die zu verteidigen sind, und denen, die ‚den Rest gefährden', unterscheidet.[1141] Auf die Widersprüche einer solchen Behauptung hat schon *Carl Schmitt* aufmerksam gemacht.[1142] Die problematische Bedeutung dieser Erkenntnis wird heute weitgehend bestätigt, wenn man die gegenwärtigen Gewaltformen und Gewaltbegründungen im kriminalpolitischen Bereich betrachtet. Es geht nicht um die Exklusion einer bestimmten Gruppe oder Schicht von Menschen. Hier wird nicht behauptet, dass das Recht die Menschen klassifiziert. Hier geht es lediglich um die reine Möglichkeit, Menschen von ihren Rechten zu exkludieren: Wenn jemand als Mitglied oder Bekannter einer kriminellen Bande angesehen wird, und wenn diese Bande die Merkmale der ‚Organisierten Kriminalität' aufweist, dann kann man mit hoher Sicherheit sagen, dass diese Person entfremdet wird, er wird zu einem Fremden erklärt, sodass das Recht für ihn nicht länger dasselbe sein wird. Er steht zugleich außerhalb des Rechts und ist trotzdem ein Adressat. Er wird *vor dem Gesetz* stehen, könnte man erneut mit *Kafka* sagen.[1143] Ein Gefangener muss nicht unbedingt besonders ‚gefährliche' Taten verübt haben. Im Laufe seiner Haftzeit können seinem Verhalten ‚Risikofaktoren' zugewiesen werden, die aus ihm einen ‚hoch gefährlichen Täter' machen. Rückwirkend werden ihm Rechte aberkannt. Diese zwei Beispiele sprechen eher für die immanente exkludierende Kraft der rechtlichen Gewalt. Die Anwendung von Gewalt auf die ‚kriminellen Banden' wird durch die Verteidigung der ‚Bürger' und der ‚Allgemeinheit' ausdrücklich begründet.

Die Kritik der Rechtsgewalt geht bei *Derrida* noch weiter. Das Verhältnis von Recht und Polizei, das *Benjamin* ausführlich darlegt und das sich als etwas „Morsches" im Recht wahrnehmen lässt,[1144] identifiziert *Derrida* als eine widersprüchliche Argumentation von *Benjamin*: Dass die Polizei eine zugleich *rechtssetzende* und *rechtshaltende* gewalttätige Funktion habe, scheint für *Derrida* keine Bestätigung für die Trennung dieser beiden Gewaltformen zu sein, sondern vielmehr ein Beweis ihrer Fusion und deshalb gewalttätiger. Es ist eine Dekonstruktion der Unterscheidung, die nicht nur bei der Polizei, sondern sogar selbst beim Recht anwesend sei:[1145]

[1141] Siehe in diesem Sinne *Neal* 2007. Der Autor betont die unterschiedlichen Interpretationen zu *law*, die die Rechtssprechung bietet: *law* als neutrale Institution und *law* als historisches soziales Produkt. In diesem zweiten Sinne kann das Recht nicht als moralisch verstanden werden, da es zwischen Gruppen und Kategorien unter den Subjekten unterscheidet.

[1142] *Schmitt* 1963.

[1143] Für eine ausführliche Analyse dieser Erzählung von *Franz Kafka* siehe *Agamben* 2002: 60 ff.

[1144] *Benjamin* 1965: 43.

[1145] *Derrida* 1991: 91.

„Alle exemplarischen Figuren oder Gestalten der Rechtsgewalt sind singuläre Metonymien, will sagen: sie sind Figuren, Gestalten, die keine Grenzen kennen, losgelassene Möglichkeiten der Übertragung, Figuren ohne Figuren. Nehmen wir das Beispiel der Polizei, Indiz einer gespenstischen Gewalt, weil sie Setzung und Erhaltung vermischt und aus diesem Grund nur um so gewalttätiger wird. Nun – die Polizei, die auf solche Weise die Gewalt kapitalisiert, ist nicht einfach nur die Polizei. Sie besteht nicht bloß aus uniformierten Polizisten, die zuweilen einen Schutzhelm tragen, bewaffnet sind und sich in Form einer zivilen Struktur organisieren, deren Vorbild das Militär ist und der kein Streikrecht zuerkannt wird. Die Polizei ist per definitionem dort anwesend, dort vertreten, wo Gesetzeskraft existiert.“[1146]

Die Gestaltung des Rechts kennt keine Grenzen, wie es zum Beispiel bei der Polizei der Fall ist, die eine gespenstische diffuse Gewalt ist, zugleich rechtssetzend und rechtserhaltend. Sie ist wie die Gesetzeskraft, die die Tätigkeit der Polizei überhaupt erst möglich macht. *Das Recht ist die Vermischung von Gewaltformen, die nicht distanzierte diffuse Anwendung von Gewalt, die nur rechtmäßig ist, weil das Recht selber sagt, dass sie rechtmäßig ist. Es ist eine Tautologie, die die phänomenale Struktur des Rechts bildet und in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts sichtbar geworden ist.*

Die Logik der Nichtunterscheidung, die für *Benjamin* grundsätzlich das Wesen der Polizei charakterisiert, erstreckt sich für *Derrida* zweifellos auf das Recht und seine Gesetzeskraft, d. h. auf seine *enforceability*: die Macht, Recht zu setzen und zu erhalten.

So könnte man an dieser Stelle noch einmal auf die ersten Gedanken von *Derrida* zurückgreifen, als eine Art simultanes Ende und Starten der Argumentation. Es ist eine Art „Rückkehr zu sich“, eine „Runde“ oder „Ellipse“, wie er selbst in seiner Argumentation zu behaupten pflegte,[1147] die die Überlegungen um Recht, Gewalt und Gerechtigkeit zirkulieren lässt und sie zugleich erweitert. Bezüglich der Möglichkeit einer gerechten Entscheidung überlegt *Derrida* ohne große Hoffnung:

„Es gibt zwei konkurrierende Gewalten, auf der einen Seite die Entscheidung (angemessen, gerecht, geschichtlich, politisch usw.), eine Gerechtigkeit jenseits des Rechts und des Staats, aber ohne entscheidbare Erkenntnis, auf der anderen Seite entscheidbare Erkenntnis und Gewissheit in einem Bereich, der strukturell betrachtet der des Unentscheidbaren, des mythischen Rechts oder des Staates ist. Auf der einen Seite die Entscheidung ohne entscheidbare Gewissheit, auf der anderen die Gewissheit des Unentscheidbaren – aber ohne Entscheidung. In jedem Fall – und in welcher Gestalt auch immer – findet sich das Unentscheidbare auf beiden Seiten wieder und ist die ge-

[1146] *Derrida* 1991: 93.

[1147] *Derrida* 2006a: 61.

waltsame Bedingung der Erkenntnis oder der Tat. Doch Erkenntnis und Tat sind immer (noch) getrennt.“[1148]

Die dekonstruktiven Diskurse die auch in *Derridas* Rechtskritik deutlich werden, nehmen an den „Verkettungen der Entscheidung und des Unentscheidbaren“ teil.[1149] Das Recht darf und muss dekonstruiert werden. Deswegen wünschte sich *Derrida* zukünftige Philosophen, die sich „mit dem öffentlichen Wort, der Sprache und den Institutionen des internationalen Rechts“[1150] befassen. Deswegen zieht er den „Philosoph-Dekonstrukteur“ vor, denjenigen, der „den Zusammenhang zwischen dem philosophischen Erbe und der Struktur des noch herrschenden rechtlich-politischen Systems zu analysieren versucht, das sichtbar in Veränderung begriffen ist“.[1151] Die ersten Schritte auf diesen Weg wurden bereits zurückgelegt und er hat dabei wichtige Spuren hinterlassen, ohne dass diese Aufgabe überhaupt eine ‚Abschaffung‘ des Rechts, des Staates oder der Gewalt bedeuten sollte. Sowohl bezüglich des Konzepts der Souveränität[1152] als auch bezüglich seiner Studie des Rechts waren die Absichten Derridas nicht so *radikal*, wie manche Kritiker behaupten. Er selber behauptete, dass die Dekonstruktion der Souveränität begonnen habe, aber dass sie nicht enden werde: „Denn auf den Wert der Autonomie, der Freiheit, aber auch auf die Werte der Macht und der (Rechts-)Gewalt, die untrennbar mit der Idee des Rechts verbunden sind, kann und darf man nicht schlicht und einfach verzichten.“[1153] Sicherlich ging es *Derrida* nicht darum, dass diese Spuren eine endgültige Entscheidung über das Recht enthalten.

6.3. Michel Foucault

Die Analyse vom Recht bei Foucault ist sehr umfangreich, facettenreich und provokativ. Seine Analysen über das Recht verwickeln sich in Neologismen und Konzepten ganz *untraditioneller* Natur, die sich unmittelbar aus den Macht-

1148 *Derrida* 1991: 112.
1149 *Derrida* 1991: 112 f.
1150 *Derrida* 2006: 142.
1151 *Derrida* 2006: 142.
1152 „In zahlreichen Kontexten, die zu bestimmen sind, bleibt der Staat der beste Schutz gegen vielfältige Kräfte und Gefahren. Und er kann die Staatsbürgerschaft sichern, von der wir gesprochen haben. Die Verantwortlichkeiten, die gegenüber dem Staat zu übernehmen sind, sind also jedes Mal je nach Kontext unterschiedlich, und es handelt sich keineswegs um Relativismus, wenn man dies anerkennt.“ (*Derrida* 2006: 173).
1153 *Derrida* 2006: 173.

verständnissen ergeben. Eine Revidierung dieser Begriffe – grundsätzlich der souveränen Machtstrategie und der Gouvernementalität – erscheint deshalb notwendig, bevor das Recht überhaupt zur Diskussion steht.

6.3.1. Souveräne Macht

Die souveräne Macht, von der *Foucault* spricht, ist eine Machtstrategie, die in ihrer reinsten Form vom Beginn des 12. bis zum Anfang des 17. Jahrhunderts ausgeübt wurde. Diese souveräne Macht wurde erst im 16. Jahrhundert von zeitgenössischen Denkern thematisiert, zur gleichen Zeit wie die Staatenbildung und Zentralisierung der europäischen Gebiete, die bis zu dieser Zeit feudale Herrschaftsverbände waren.[1154] Diese souveräne Macht wird hauptsächlich über den Boden und seine Agrarprodukte ausgeübt und über die Menschen, sofern sie Reichtümer erzeugen und kampffähig sind. Das Territorium ist nicht nur wegen seines potenziellen Reichtums wichtig, sondern auch, weil seine Grenzen die des Souveräns sind. Der Schutz und die Verteidigung des Territoriums sind gleichzeitig der Schutz und die Verteidigung des Souveräns und seiner Macht. Es waren allerdings eigentümliche Verteidigungsmechanismen: „Eines der charakteristischsten Privilegien der souveränen Macht war lange Zeit das Recht über Leben und Tod“,[1155] d. h., „das Recht, sterben zu *machen* und leben zu *lassen*. Sein Symbol war ja das Schwert. Und vielleicht ist diese Rechtsform auf einen historischen Gesellschaftstyp zu beziehen, in dem sich die Macht wesentlich als Abschöpfungsinstanz, als Ausbeutungsmechanismus, als Recht auf Aneignung von Reichtümern […] vollzog.“[1156] Diese unsystematische Form der Ausübung der Macht bringt zwei Schwierigkeiten mit sich, die die Systeme im 16. Jahrhundert schwächen: Es war kostspielig und diskontinuierlich,[1157] da der Souverän nicht nur keine Überwachung oder Kontrolle über die Zirkulation von Gütern, Geld und Menschen hatte, sondern sie selbst unterbrach, indem er eine *raubtierartige* Inanspruchnahme ausübte. Die Maschen seiner Macht waren zu offen.[1158] Da nicht die Menschen, sondern ihre Güter wichtig und notwendig für den Souverän sind, können die Untertanen problemlos eliminiert werden, sobald sie die souveräne Macht

[1154] Für eine umfassendere Lektüre über die Übergangzeit sowie über die früheren souveränen Staaten siehe *Foucault* 2004: 136 ff., 2003a: 63 ff. Für eine „traditionelle“ historische Perspektive siehe *van Dülmen* 1982.
[1155] *Foucault* 1977a: 146.
[1156] *Foucault* 1977a: 147.
[1157] Vgl. *Foucault* 2005.
[1158] Vgl. *Foucault* 2005.

infrage stellten oder sogar nur einen einfachen Verstoß gegen das Gesetz begingen, weil dieses Verhalten einen Verstoß gegen den Souverän selbst implizierte.[1159] Der Souverän verkörpert das Gesetz und das Gesetz verkörpert die souveräne Macht,[1160] was die zirkuläre Rechtfertigung der Souveränität zeigt und deshalb auch ihre absolute Eigenmächtigkeit.[1161] Der Souverän bleibt in seinen unterschiedlichen Facetten aber immer transzendent, singulär und äußerlich gegenüber seinem „Fürstentum", ist deshalb zerbrechlich und von außen und von innen bedroht. Diese Aussage erklärt, warum das Ziel dieser Machtausübung ihre Erhaltung und Verstärkung selbst ist.[1162] Diese Ziele sind nur durch die Demonstration von Vormachtstellung und folglich durch unverhältnismäßige Strafen und Maßnahmen realisierbar,[1163] d. h. durch eine nicht zu bremsende Todesmacht, die sich etwa in den Martyren zeigte.[1164]

In der Entwicklung dieser souveränen Macht wird freilich ihre Eigenständigkeit vermindert und das Recht des Souveräns auf ein Recht der Gegenwehr und nur für Fälle von existenzieller Bedrohung reduziert.[1165] Dieses Recht wird später zu einem Recht auf Sicherheit der Untertanen – heute ‚Bürger', die aufgrund der Angst oder der Notwendigkeit die Ausübung dieser souveränen Macht einfordern.[1166] Die Einsperrung von Gefangenen über die Strafe hinaus zum Zweck der Sicherheit zeigt z. B. heute die Strategie der ‚Verteidigung der Gesellschaft'. Die Sicherheitsziele und die Sicherheitsaufgaben charakterisieren letztlich diese souveräne Macht.

6.3.2. Gouvernementalität

In seiner Forschung über den modernen Staat stieß *Foucault* auf das Regieren als besondere Machttechnik und vom Regieren aus auf eine *gouvernementale* Technologie, die sich seit dem 16. Jahrhundert langsam entwickelt hat und die den hauptsächlich westlichen liberalen Staaten zu eigen ist.[1167]

[1159] *Foucault* 2003a: 65 ff.
[1160] *Foucault* 1991: 53.
[1161] *Foucault* 2004: 149.
[1162] *Foucault* 2004: 139 f.
[1163] *Foucault* 1977: 63.
[1164] *Foucault* 1977: 47.
[1165] *Foucault* 1977a: 146.
[1166] *Foucault* 1999a, *passim*.
[1167] Seine Vorlesungsreihe aus den Jahren 1977-78, als er das Konzept der Gouvernementalität präsentierte, hieß „Sicherheit, Territorium, Bevölkerung", da diese Begriffe nach *Foucault* als Schlüsselelemente für das Verständnis der Entstehung und Entwicklung des modernen Staates galten. Im Laufe des Jahres – schon bei der 4. Vor-

> *„Ich verstehe unter <Gouvernementalität> die aus den Institutionen, den Vorgängen, Analysen und Reflexionen, den Berechnungen und den Taktiken gebildete Gesamtheit, welche es erlauben, diese recht spezifische, wenn auch sehr komplexe Form der Macht auszuüben, die als Hauptzielscheibe die Bevölkerung, als wichtigste Wissensform die politische Ökonomie und als wesentliches technisches Instrument die Sicherheitsdispositive hat.“* [1168]

Diese Gouvernementalität als Strategie der Macht sowie der staatlichen Macht und Gestaltung prägt die ganze Analyse und Konzeption, die *Foucault* über den liberalen und neoliberalen Staat beschreibt.

Die politische Gouvernementalität hat damit zu tun, dass das Verhalten einer Gruppe von Individuen immer intensiver ins Visier der Herrschenden und ihrer Machtausübung gerät.[1169] Diese „Gruppe von Individuen“ ist aber viel mehr als nur die Summe von Individuen: Es ist die Bevölkerung. Die Bevölkerung taucht wie die Entfaltungsmöglichkeit der Regierungskunst auf, die es seit dem 16. Jahrhundert als „Anti-Maquiavelli“ und deshalb antisouveräne Antwort gab. Statt über Territorium und Reichtümer soll der *gouverner* „Dinge“ regieren, d. h.

> *„die Menschen, die Menschen jedoch in ihren Beziehungen, in ihren Bindungen und ihren Verflechtungen mit jenen Dingen, also den Reichtümern, den Ressourcen und der Subsistenz, gewiß auch dem Territorium in seinen Grenzen, mit seiner Beschaffenheit […]. Es sind die Menschen in ihren Beziehungen zu jenen anderen Dingen wie den Sitten, den Gepflogenheiten, den Handlungs- oder Denkweisen […] Schließlich die Menschen in ihren Beziehungen zu jenen weitern anderen Dingen, den möglichen Unfällen oder Unglücken wie Hungersnot, Epidemien, Tod.“* [1170]

Aufgrund der demographischen Expansion, des anschließenden monetären Überflusses und der Steigerung der landwirtschaftlichen Produktion konnten diese Ideen der Regierungskunst erst im 18. Jahrhundert umgesetzt werden.[1171] Die Regierung musste bei ihren Beobachtungen und mit ihrem Wissen vor

lesung – überlegte *Foucault*, ob das, was er machte, nicht eher eine Geschichte der Gouvernementalität und der Gouvernementalisierung des Staates sei (*Foucault* 2004: 162). Diese Vorlesung ist deshalb ein wichtiger Wendepunkt in *Foucaults* Arbeit, da die Gouvernementalität als Scharnier betrachtet werden kann zwischen einer Staats- und Subjektivierungsanalyse und als Kumulationspunkt von Makro- und Mikroregierungstechnologien.

[1168] *Foucault* 2004: 162.

[1169] *Foucault* 2004: 521.

[1170] *Foucault* 2004: 146. In diesem Punkt analysiert *Foucault „Le Miroir politique“,* einen Text von Guillaume de la Perrière (1555), wobei das Regieren anhand seiner Essenz, seinem Objekt und seiner Ziele und Merkmale in einer sehr modernen Form dargestellt wird.

[1171] *Foucault* 2004: 156.

allem die Bevölkerung im Blick behalten. Nur so ist eine rationelle und systematische Form des Regierens möglich. „Die Bildung eines Regierungswissens ist absolut untrennbar von der Bildung eines Wissens über all die Vorgänge, die sich im weiten Sinne um die Bevölkerung drehen, nämlich über genau das, was man die ‚Ökonomie' nennt." [1172] Die politische Ökonomie ist dann die Wissenschaft, die die Verflechtung von Bevölkerung, Territorium und Reichtum erforscht. Sie ist infolgedessen eine wichtige Komponente des gouvernementalen Regierens. Diese politische Ökonomie ist aber auf keinen Fall „souverän". Die ökonomische Welt „wird ursprünglich und definitiv von Standpunkten konstituiert, deren Vielfalt um so irreduzibler ist, als diese Vielfalt selbst spontan ist und letzten Endes ihre Konvergenz sichert".[1173] Diese ökonomische Welt und die sich auf sie beziehende politische Ökonomie, die nicht nur mit Geld, sondern mit all den „Dingen", die um die Menschen herum geschehen, und die den Menschen selbst passieren, zu tun haben, rufen dann wegen ihrer „Spontaneität" einerseits nach der Freiheit der Prozesse und andererseits nach ihrer Sicherstellung. Diese Aussage beschreibt die Sicherheitsmechanismen, d. h. die Sicherstellung der Prozesse, von der Güterzirkulation bis hin zu Geburtenraten. Diese Art des Regierens, die sich seit dem 16. Jahrhundert entwickelt hat, läuft parallel zur Entfaltung des modernen Staates, der eine Machtausübung aufweist, die „zugleich individualisierende und totalisierende Form der Macht ist"[1174] und die immanent zur politischen Rationalität ist.[1175]

Die Sicherheit der „natürlichen Phänomene, welche die Wirtschaftsprozesse oder für die Bevölkerung wesentliche Prozesse sind", zu garantieren, wird das Hauptziel der Gouvernementalität sein.[1176] Diese Sicherheitsmechanismen unterscheiden sich von den Disziplinären. Während die Disziplin versucht, die Realität an ein vorgeschriebenes Soll anzupassen, tendieren die Sicherheitsmechanismen dahin, die Realität selbst als Norm in den Blick zu nehmen.[1177] Scharfe Grenzen zwischen Erlaubtem und Verbotenem werden

---

[1172] *Foucault* 2004: 159.

[1173] *Foucault* 2004a: 387.

[1174] *Foucault* 1987: 248.

[1175] *Foucault* 2001a.

[1176] *Foucault* 2004: 506. Zu Recht weist *Opitz* (2008: 210 ff.) darauf hin, dass diese ersten Erklärungen über die gouvernementale Regierungsform eher an eine „Logik der Begrenzung des Eingreifens" denken lässt. Dass diese Logik allerdings illiberale Interventionen erzeugt, soll die kritische Schlussfolgerung des Autors sein. Die Rethorik der Securitization wird dabei ein Stoß dazu sein, die illiberalen Elemente der Gouvernementalität anders zu überlegen und sie an die Sicherheitsfrage anzuknüpfen (*ibid.*, 216).

[1177] *Krasmann* 2003: 90 ff.

nicht gezogen. Die Sicherheitsmechanismen „spezifizieren ein optimales Mittel innerhalb einer Bandbreite von Variationen“.[1178] Es geht darum, „die Elemente der Realität wechselseitig in Gang zu setzen“.[1179] Die gouvernementale Regierungstechnologie und der Liberalismus – gouvernementale Form schlechthin – gehen die Risiken der natürlichen Prozesse ein und intervenieren regulierend: “Those risks that will receive their attention [von Regierung und Individuen] will be the ones they identify as significant problems. ”[1180] Alles, was kein signifikantes Problem darstellt, wird als „immanent zur Natur der Dinge und zu den Risiken der Natur“ betrachtet. Es ist keine strenge staatliche Intervention notwendig. Dieser Zustand scheint sich gegenwärtig allerdings zu verändern, da immer weniger Risiken akzeptiert werden und immer mehr Zuweisungsmöglichkeiten – wenn notwendig auch durch das Recht – konstruiert werden. Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung sind gerade rechtliche Dispositive, die Risiken nicht nur regulieren, sondern Risiken ausschalten sollen.

6.3.3 Norm statt Recht

In der foucaultschen Arbeit sind die *souveräne Macht und Gouvernementalität Machtstrategien*. *Anatomopolitik* und *Biopolitik* sind aber nach Foucault *Technologien der gouvernementalen Macht*, d. h., dass sie sich der Gouvernementalität unterordnen.[1181]

Die im 16. Jahrhundert beginnende Gouvernementalität kristallisiert sich zuerst in der Anatomopolitik, die das Bestreben verfolgt, Individuen und Körper produktiver zu machen. Die Überwachung, die sich im 18. Jahrhundert als Haupttechnik dieser disziplinären Macht etabliert, funktionierte hauptsächlich über Körper, die als kommunizierender Kanal zur Seelentransforma-

[1178] *Lemke* 2002: 190.
[1179] *Foucault* 2004: 101.
[1180] *O'Malley* 1996: 204.
[1181] Nach *Donnelly* ist die Biopolitik eine Technologie, deren Interventionsfeld die Bevölkerung ist, während sich die Gouvernementalität als eine spätere Strategie entwickelt, bei der die Bevölkerung als biologische Gattung schon nicht mehr nur Interventionsfeld, sondern auch Hauptziel des Regierens wird (*Donnelly* 1995: 193). *Donnellys* Deutung scheint irreführend zu sein. *Foucault* selbst platziert die Entstehung der gouvernementalen Formen viel früher als die der Biopolitik. Dass er erst 1978 von Gouvernementalität spricht (*Foucault* 2004), während das Konzept der Biopolitik schon 1975 in seiner Arbeit auftaucht, kann kein Grund für den chronologischen Irrtum sein.

tion verwendet werden sollten.[1182] Die überwachende Macht agierte über diese Körper, die eingeschlossen und ständig unter den Augen der Macht waren.[1183] Ein Jahrhundert nach der Geburt der disziplinären Technologie und aufgrund der „Entdeckung" der Bevölkerung[1184] generiert sich innerhalb der gouvernementalen Strategie eine neue Technologie: die Biopolitik.[1185] Um produktiver als nur über einzelne Individuen zu agieren, muss man in der gesamten Bevölkerung – als biologisches Wesen – wirken. Und hierbei wird nicht die Überwachung, sondern werden die Regulierung und die Kontrolle die Haupttaktiken sein.[1186] Anatomopolitik und Biopolitik wirken bis in das 20. Jahrhundert zusammen, wodurch die anatomopolitische Disziplin an Bedeutung verliert und zugleich die neuen Formen der biopolitischen Gouvernementalität Fortschritte machen.

Die Norm als Entscheidungs- und Beurteilungsmaßstab etabliert sich immer weiter, während das Recht als Prototyp der souveränen gesetzlichen Herrschaftsformen, wenn es formell oder ideal bleibt, eigentlich unter einer allmählichen und ständigen Schwächung seines Einflusses leidet.

> *„Ich glaube, seit der Entstehung der von mir so genannten Biomacht oder anatomischen Politik leben wir in einer Gesellschaft, die dabei ist, nicht länger eine juristische Gesellschaft zu sein. Die juristische Gesellschaft war die monarchische. Vom 12. bis ins 18. Jahrhundert hinein waren die europäischen Gesellschaften weitestgehend juristische Gesellschaften, in denen das Problem des Rechts das Grundproblem darstellte. Man kämpfte dafür, und man machte Revolutionen deswegen. In den Gesellschaften, die sich seit dem 19. Jahrhundert mit ihren Parlamenten, Gesetzgebungsverfahren, Gesetzbüchern und Gerichten als Gesellschaften des Rechts darstellten, setzte sich in Wirklichkeit ein ganz anderer Machtmechanismus durch, der nicht rechtlichen Formen gehorchte. Dessen Grundprinzip ist nicht das Gesetz, sondern die Norm, und als Instrumente dienen ihm*

[1182] *Foucault* 1977: 177.

[1183] *Foucault* 1977, *Goffman* 1968.

[1184] Die Bevölkerung, die in der Biopolitik „entdeckt" wird, soll nicht mit dem „Volk" verwechselt werden, das „durch den Gesellschaftsvertrag gebildete[n] und geschaffene[n] Subjekt" (*Foucault* 2004: 73), da die Bevölkerung „natürlich" ist, während das Volk ein Konstrukt ist. Dieser Gegensatz von Bevölkerung und Volk ist deshalb vergleichbar mit dem Gegensatz von Norm und Recht. Interessenterweise signalisiert *Nikolas Rose* eine ähnliche Verschiebung in der Aktualität: Die Gesellschaft wird durch die *Community* – Gemeinschaft – ersetzt, in einer Verschiebung, die u. a. mit der Rolle der „Identifikation" zu tun hat, weil die Gemeinschaft „natürlicher" und „unmittelbarer" als die konstruierte anonyme Gesellschaft erscheint (*Rose* 2000: 84).

[1185] Vgl. *Krasmann* 2003: 89.

[1186] „Biopolitics must then concern the biological, social, cultural, economic, and geographic conditions under which humans live, procreate, become ill, maintain health or become healthy, and die." (*Dean* 2001: 47).

> *nicht mehr die Gerichte, das Recht und der Justizapparat, sondern Medizin, soziale Kontrolle, Psychiatrie und Psychologie.“*[1187]

Hier spricht Foucault dann von einer Norm, die nicht mit den juristischen Formen, sondern mit dem medizinischen, psychiatrischen und anderen Gebieten zu tun hat. In diesem Raum wird das *Anormale* konstruiert, dieselben Anormalen, die von der positivistischen Kriminologie genau analysiert wurden.[1188] Diese sind die Anormalen, die etwa Anfang des 20. Jahrhunderts die Einführung einer zweiten Spur im deutschen Strafgesetzbuch als notwendig erscheinen lassen. Diese waren bisher die Anormalen, weil sie der Norm nicht entsprechen, ‚gefährlich' sind und in Sicherungsverwahrung untergebracht werden. Eine nachträgliche Sicherungsverwahrung hat dagegen nicht unbedingt mit denen zu tun, die als Anormale betrachtet werden, sondern mit denen, die tatunabhängig und grundsätzlich durch ‚Risikokriterien' als *gefährdende* und *unsichernde* Figuren konstruiert werden. Man braucht nicht unbedingt die Zuschreibung als anormal, um Risikofaktoren zu erfüllen. ‚Die Norm', nach der diese Faktoren bewertet und berechnet werden, ist heute diffuser und vielschichtiger als ‚die Norm' des 19. Jahrhunderts. Die Normen werden diffuser und so auch die eventuellen Gefährdungen dieser vermeintlichen sozialen Einheit(en) und ebenfalls die rechtlichen Wege der Regulierung.

Ferner sagt Foucault: „Wir glauben immer noch, in einer Welt des Gesetzes zu sein, aber in Wirklichkeit entsteht hier eine ganz andere Form von Macht, und zwar auf Grundlagen, die nicht mehr rechtlicher Natur sind.“[1189] Allerdings fügt er einschränkend hinzu: „Ich will damit nicht sagen, dass sich das Gesetz auflöst oder dass die Institutionen der Justiz verschwinden, sondern dass das Gesetz immer mehr als Norm funktioniert, und sich die Justiz immer mehr in ein Kontinuum von Apparaten (Gesundheits-, Verwaltungsapparaten), die hauptsächlich regulierend wirken, integriert.“[1190] Diese Regulationen werden so immer mehr zur Aufgabe des Rechts, das immer weitere Anwendungsbereiche erhält und immer mehr Regulationsmechanismen – von versicherungsmathematischen Modellen zur Feststellung des Risikogefüges zu mikrominimalen Interventionen durch Bürgerpartizipation etc. Ein geeignetes Beispiel hierfür ist ein Konzept des Rechtsstaatslehrers *Friedrich Julius Stahl*, als er über den Staat und seine Funktionen sagte: „Der Staat ist daher bloß Anstalt zur äußeren Ordnung und Förderung des sozialen Lebens.“[1191] Das Gesetz als Instrument des Staates musste die Ideen von Ordnung und Förderung des

[1187] *Foucault* 2005: 237.
[1188] Siehe dazu *supra* Kapitel 1.
[1189] *Foucault* 2005: 237.
[1190] *Foucault* 1977a: 157.
[1191] *Stahl* 1878, zitiert in *Šarčević* 1996: 20.

sozialen Lebens umsetzen. Die Rechtstheoretiker haben die „natürlichen“ Normen nicht geschaffen, sondern interpretiert und in eine juristische Sprache übersetzt. Faktoren, die bisher als fremd zum Rechtsgebiet betrachtet wurden, stehen seit geraumer Zeit auf der Agenda. Konkret können Risiken genannt werden, die innerhalb einer Risikogesellschaft – in unterschiedlichen Ausprägungen – stattfinden: von ökonomischen zu postindustriellen Risiken, die von Land zu Land übertragbar sind wie die ‚Organisierte Kriminalität‘ und vom Recht co-konstruiert und reguliert werden. Es ist aber trotzdem so, dass das Gesetz nicht mehr über die wichtigste Stimme verfügt. Foucault warnt uns: „Lassen wir uns nicht täuschen durch die Einführung geschriebener Verfassungen auf der ganzen Welt seit der Französischen Revolution, durch die zahllosen und ständig novellierten Gesetzbücher, durch eine unaufhörliche und lärmende Gesetzgebungstätigkeit: das alles sind Formen, die eine wesenhaft normalisierende Macht annehmbar machen.“[1192] Die ‚Verteidigung der Gesellschaft‘ wird immer wieder vorgenommen. Das Recht bietet dafür die rechtlichen Formen, die aber lediglich die rechtliche Umsetzung biopolitischer Bedürfnisse äußern: gefährdende Individuen aus der Gesellschaft auszuschließen und gefährdende Entitäten heimlich abzuhören. Biopolitische Regulierungen werden durch das Gesetz gewaltsam rechtsförmig umgesetzt. Hinter dem Gesetz steht immer die Todesbedrohung. Der Tod ist deshalb die „hervorragendste“ Waffe des Gesetzes, da das Gesetz nicht unbewaffnet sein kann.[1193] Diese Aussage steht ganz im Sinne *Derridas*. Das Gesetz gehörte ursprünglich zum Feld der Souveränität, zum Feld der Todesmacht. Deshalb könnte man hier mit *Agamben* hinzufügen, dass „die originäre Beziehung des Gesetzes mit dem Leben […] nicht die Anwendung, sondern die Verlassenheit [l’Abbandono] ist.“[1194] Im Laufe der Jahrhunderte und insbesondere seit der Zeit der bürgerlichen Revolutionen und der beginnenden sogenannten Moderne ist das Gesetz ein *scheinbar* formaler Bestandteil der Lebensmacht als rechtlicher Schutz vor souveränen Angriffen geworden. Diese Erkenntnis sei der Grund, warum das Gesetz nicht mehr „offen“ als Instrument der Todesmacht agiert. Die *souveräne Macht* kann deshalb und wegen biopolitischer Notwendigkeit nur als *rechtliche Ausnahme* erscheinen. Dass die gewalttätige souveräne Macht nur als rechtliche Ausnahme – im Recht aber als Ausnahme – erscheinen kann, zeigt sich in dem Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung: Die Parlamentarier haben die Maßnahme als ‚Notmaßnahme der Kriminalpolitik‘ und auch als ‚Notstandsgesetzgebung‘ präsentiert. Auch das

[1192] *Foucault* 1977a: 157.
[1193] *Foucault* 1977a: 156.
[1194] *Agamben* 2002: 39.

Bundesverfassungsgericht spricht von „Ausnahmefällen“[1195] und vom „Ausnahmecharakter dieser [auf Prognosen basierenden] Entscheidung“.[1196] Das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung beruft sich ebenso auf die Ausnahme – es wird vom ‚Ausnahmefall‘, von ‚bestimmten Ausnahmefällen‘ gesprochen und manchmal dazu ergänzt, „daß das die Ausnahme bleiben muß, ist überhaupt keine Frage“.[1197] Das ‚Gefährdungsrecht‘ drückt sich ausnahmeartig aus. Es ist eine Konkretisierung der Zusammensetzung von einer regulierenden und risikenverwaltenden Gouvernementalität mit einer gesetzlich exkludierenden souveränen Macht, die sich eben nur durch die Ausnahme konkretisiert.

Das Recht verliert an Bedeutung als Maßstab der Macht, wenn seine Prämissen in mehrfacher Hinsicht nicht der Natur entsprechen. Nicht die Gesetze, sondern die statistischen Daten beschreiben „die Realität des ‚empirisch Normalen‘ und produzieren insofern *deskriptive* Normen. Normalität bemisst sich nach den empirischen Verteilungen und aus der mathematischen Ermittlung des Durchschnitts. Daraus resultiert die *Normalisierung* des Individuums“.[1198] Sicherungsmechanismen und Management intervenieren unmittelbar, sobald Risiken oder Störungen die Prozesse der Bevölkerung unterbrechen oder unterbrechen könnten. Diese Aufgaben müssen auf immer mehr Ebenen erfüllt werden, da Risiken in immer mehr Bereichen konstruiert und wahrgenommen werden. Jedes Phänomen und jedes Individuum kann ein Risiko darstellen, jedem Phänomen und jedem Individuum können Gefährdungen zugewiesen werden. *Die Risikominimierung agiert als Sicherung der Lebensprozesse und wird formal durch das Recht eingefordert. Die rechtliche Ausnahme wird in Gang gesetzt, wenn die Ausschließung von denjenigen, die – zunächst durch eine Zuordnung im Risikogefüge und in den Kalkulationen – als ‚Gefährder‘ wahrgenommen werden, biopolitisch gefordert wird. Die Lebensmacht kann ihr Objekt – die Bevölkerung und ihre „Dinge“ – nur insofern schützen, indem sie auf die souveräne Todesmacht zurückgreift.* Es ist, wie Foucault sagte, eine Beziehung „biologischen Typs“: „Je mehr niedere Gattungen im Verschwinden begriffen sind, je mehr anormale Individuen vernichtet werden, desto weniger Degenerierte gibt es in der Gattung, desto besser werde ich – nicht als Individuum, sondern als Gattung – leben, stark sein, kraftvoll sein und gedeihen.“[1199] Diese Beziehung ‚biologischen Typs‘ wird normalerweise durch das Recht neutral, kryptisch und formell ausformu-

[1195] BVerGE 109, 190, S. 236, 239.

[1196] BVerfGE 109, 133, S. 164. Hier bezieht sich das Gericht auf die herkömmliche Sicherungsverwahrung. Dieser Ausnahmecharakter wird freilich von der *Nachträglichkeit* verstärkt.

[1197] *13GG/WÜ -1.L*, BT-Plenarprotokoll 13/197 v. 9.10.1997, S. 17690.

[1198] *Krasmann* 2003: 87.

[1199] *Foucault* 1999a: 296.

liert. In dem Dispositiv der nachträglichen Sicherungsverwahrung haben die Maßnahmen keine unmittelbare Bindung mit einer Anlasstat, und auch nicht mit ständig praktizierten Studien im positiven Sinne dieser Idee, wie sie *Lombroso* z. B. im Gefängnis führte, oder mit physischen Merkmalen, die als Äußerung psychischer Anomalien verstanden werden können. Die Adressaten der nachträglichen Sicherungsverwahrung werden zunächst als solche konstruiert. Die Kriterien, die zur Prognose berücksichtigt werden, sind als diffuse Raster zu verstehen, die u. a. durch die Jurisprudenz immer wieder erweitert werden und grundsätzlich mit dem Verhalten und der Bereitschaft des Gefangenen verbunden werden.[1200] Diejenigen, die vor ihrer Entlassung diese Kriterien erfüllen, d. h., diese Kriterien sind da, bevor der Adressat der Maßnahme auffällig geworden ist, werden als ‚Risikoquelle' bezeichnet und können daher nicht in die Freiheit entlassen werden. Auch bei der ‚Organisierten Kriminalität' wird nicht von Anormalen oder Degenerierten gesprochen. Die Figuren, die als hoch gefährlich für die Bevölkerung und für den Staat wahrgenommen werden und deren ‚Risiko' aus diesem Grund ausgeschaltet werden muss, sehen sich zunächst durch die breiten Maschen der Risikotechnologien ausgewählt und dekodiert, um danach durch die souveränen Formen der rechtlichen Ausnahme ihrer Rechte aberkannt zu bekommen. Der Diskurs einer formlosen Regulierung verschiebt sich und verknüpft sich mit dem Diskurs des Strafrechts, das zugleich mit der ‚Verteidigungsfunktion' verbunden ist und unmittelbar durch die – rechtmäßige und ausnahmsweise erfolgende – Abschaltung von ‚Risiken' agiert. Die souveräne Macht ‚konfrontiert' sich allerdings mehrmals mit den gouvernementalen Strategien, wobei die *illiberalen* Elemente des Liberalismus sich offenbaren und damit „*demonic societies*" begründen.[1201] Die Regulierung des Lebens der Bevölkerung ist jedoch eine Voraussetzung für die Ausübung der souveränen Macht und zugleich ihre komplementäre Regierungsform. "Society emerges as the only meaningful basis for the right to punish, laws being nothing but the changeable mode of codification of society's vital interests."[1202] Das Recht wird dabei beliebig angewendet oder aufgehoben, je nachdem, welche ‚Risiken' und ‚Gefahren' wahrgenommen, konstruiert und unter Kontrolle zu bringen sind. „Das Recht selbst ist entweder ausgesetzt oder wird als ein Instrument betrachtet, das der Staat verwenden kann, um eine gegebene Bevölkerung im Zaum zu halten und zu überwachen. Der Staat ist der Rechtsstaatlichkeit nicht unterworfen, doch das Recht kann aufgehoben oder taktisch und parteilich eingesetzt werden, um den Erfordernissen eines

---

[1200] Vgl. dazu *Ullenbruch* 2007: 65 f.

[1201] *Dean* 2001, *Ojakangas* 2005. Siehe in diese Richtung die Kritik von *Opitz* (2008) zur Securitization als „Einsatz illiberaler Sicherheitsdispositive".

[1202] *Pasquino* 1991: 245.

Staates zu genügen".[1203] Das Recht ist ein Instrument der souveränen Macht, die grundsätzlich vom Staat ausgeübt wird. Wenn diese Aussage zutrifft, und wenn wie *Butler* sagt, der Staat sich nicht der Rechtsstaatlichkeit unterwirft, könnte man aus diesem Gedanken schließen, dass das Recht sich nicht der Rechtsstaatlichkeit unterwirft. Die Rechtsstaatlichkeit ist ebenso wie das Recht umformulierbar.

Normen und biopolitische Regulierungen verwandeln sich in Recht. Diffuse Mechanismen des ‚Risikomanagements' werden ebenso zu Recht. Andererseits taucht als Recht etwas auf, das eigentlich – im traditionellen Sinne – als *gegen-Recht* zu agieren scheint: zeitlich und räumlich nicht distanziert, ausnahmeartig und unmittelbar offensiv. Diese Ausdrucksformen des ‚Gefährdungsrechts' waren bereits bei *Benjamin* über die Polizei zu erkennen und sind als Ausdrucksformen des souveränen Rechts von *Foucault* wieder aufgenommen worden. ‚Gefährdungsmacht' bleibt dennoch (rechtsstaatliches) Recht.[1204] Es scheint eine „gesetzlose und prärogative Macht, eine ‚Schurkenmacht' par excellence"[1205] zu sein.

6.3.4. Souveräne Ausnahme

Die souveräne Macht ist die Macht, die durch das Recht und seine Abschaffung über Territorium und Reichtum und als Schutz des Souveräns regierte. *Die Biopolitik, die als politische Technologie für das biologische Leben und als Resultat der Entdeckung einer Bevölkerung entstanden ist, trägt in ihrer internen Natur nicht nur die Lebens-, sondern auch die Todesmacht.* Gouvernementalität ist die Lebensmacht, d. h. die Strategie der normalen Produktivität. Souveräne Macht ist die Todesmacht, die Strategie der Herrschaft durch rechtliche Vernichtung und Ausplünderung. Biopolitik ist ihrerseits die Technologie, die erklärt, dass diese beiden Strategien seit dem 19. Jahrhundert nebeneinander existieren und sich gegenseitig bedingen.[1206] Diese Erkenntnis wird von Foucault explizit dargestellt, wenn er die Gewalttätigkeit der Kriege seit dem 19. Jahrhundert erklärt:

[1203] *Butler* 2005: 74.

[1204] Vgl. auch in diese Richtung *Krasmann* 2007b: 87.

[1205] *Butler* 2005: 75.

[1206] Diese Komplementarität habe ich bereits in einer anderen Arbeit ausführlich beschrieben. Siehe grundlegend *Böhm* 2006 [unveröffentlichte Diplomarbeit]. Die Ergebnisse wurden in *Böhm* 2007 dargestellt. Diese These der Komplementarität sieht sich teilweise bestätigt und teilweise überholt für die hier präsentierte Analyse des ‚Gefährdungsrechts', das nicht nur Komplementarität, sondern vielmehr die Zusammensetzung und Fusion der Rationalitäten des Krieges und des Risikomanagements zum Ausdruck bringt.

> *„Aber diese ungeheure Todesmacht kann sich zum Teil gerade deswegen mit solchem Elan und Zynismus über alle Grenzen ausdehnen, weil sie ja nur das Komplement einer positiven ‚Lebensmacht' darstellt, die das Leben in ihre Hand nimmt, um es zu steigern und zu vervielfältigen, um es im einzelnen zu kontrollieren und im Gesamten zu regulieren. Kriege werden nicht mehr im Namen eines Souveräns geführt, der zu verteidigen ist, sondern im Namen der Existenz aller."*[1207]

Kriege tauchen als Komplement einer regulierenden Managementsform auf. In Bezug auf die gegenwärtigen Äußerungen des Strafrechts, lässt sich sagen: *Feindbekämpfung und Risikomanagement wirken im ‚Gefährdungsrecht' zusammen: diffuse ‚Risikoerkennung' und angreifende Abschaltung der ‚Gefährdung'.* Das Recht, das einmal Instrument des Souveräns und des Bürgertums war, ist im Laufe der Jahrhunderte in seiner Signifikanz nicht nur verändert worden, sondern verwandelte sich sogar ins Gegenteil. Was als Privileg des Souveräns entstanden ist, ist durch eine bürokratische – gouvernementale – rechtliche Organisation ein Schutz gegen Angriffe des Souveräns geworden. Das Recht, das einst Instrument der Todesmacht war, ist ein – formales – Instrument der Lebensmacht geworden, d. h. eine gouvernementale *Taktik*.[1208] Dieses Recht hat allmählich als Macht- und Entscheidungsmaßstab an Bedeutung verloren. Der Souverän bleibt aber immer noch, schlummert und ist dem Gouverneur immanent.[1209] *Einerseits* gilt das Recht nicht mehr als Schutz vor dem Souverän und auch nicht als allgemeine Schutzinstanz. *Andererseits* kann die souveräne Macht nicht offen innerhalb der Lebensmacht agieren. Das Recht vermag nichts gegen Bedrohungen, die nicht mit rechtlichen, sondern mit biopolitischen Bedrohungen zu tun haben, auszurichten. Die einzige mögliche Form, in der die Lebensmacht überleben kann, ist die Ausübung der Todesmacht, aber nicht durch das Recht, sondern ausgerechnet durch seine Beseitigung oder Abschaffung. Die Ausnahme ist daher die Form, in der die souveräne Macht neben der gouvernementalen Strategie für die Verteidigung der Bevölkerung mitwirken kann. „Rechtens tötet man diejenigen, die für die anderen eine Art biologische Gefahr darstellen."[1210] *Durch das ‚Gefährdungsrecht' wird nicht unbedingt eine „biologische Gefahr" ausgeschlossen, sondern jegliche als ‚Gefahr' dargestellte und als ‚Risiken' berechnete gefährdende Figuren, die es präventiv auszuschalten gilt* wie mögliche wirtschaftliche Schäden, Umweltkatastrophen, politische Schwächungen. Diese Phänomene, die zu den *biopolitischen* ‚Risiken' gehören, weil sie letztlich doch die Bevölkerung betreffen könnten, werden heute strafrechtlich konstruiert und bekämpft. Gerade durch diese Erweiterung der Interventionsmöglichkei-

[1207] *Foucault* 1977a: 148.
[1208] *Butler* 2005: 73.
[1209] *Agamben* 2006: 17.
[1210] *Foucault* 1977a: 150.

ten, die durch die Zusammensetzung von Risiko- und Bekämpfungslogik entstehen, drückt sich das ‚Gefährdungsrecht' aus.

Die Bedrohungen für die ‚Bevölkerung' und „ihre Dinge" scheinen aber immer mehr zu sein. Dies mag allerdings daran liegen, dass die ‚risikosuchenden' Mechanismen immer sophystizierter sind und die Handlungen und Zustände, die als gefährdende und unsichere Phänomene konstruiert werden, sich daher multiplizieren. Vor diesem Hintergrund ist *Agamben* zu verstehen, wenn er behauptet, dass die Ausnahme zur Regel wird. Der Ausruf des Notstands als erster Schritt ermöglicht die Beseitigung des gouvernementalen und biopolitischen Rechts. Diese Beseitigung öffnet ein schwarzes Loch, durch das die Todesmacht der souveränen Strategie – als gouvernementale rechtliche Praktik verschleiert – durchscheint. Wenn eine „existenzielle Bedrohung" konstruiert und befürchtet wird, wird ein soziales Gebiet *securitized*, ausnahmeartige Notmaßnahmen werden eingefordert, unabhängig davon, ob eine oder tausende ‚existenzielle Bedrohungen' konstruiert werden. *Judith Butler* analysiert die Problematik des Rechts in gouvernemental-souveränen Zeiten am Beispiel der unbegrenzten Haft der Gefangenen in Guantánamo.

> *„Im Namen eines Sicherheitsalarms und des nationalen Notstandes wird das Recht sowohl in seinen nationalen als auch internationalen Formen praktisch außer Kraft gesetzt. Und aus dieser Suspendierung des Rechts erwächst eine neue Ausübung der Staatssouveränität, die nicht nur außerhalb des Rechts stattfindet, sondern durch einen ausgeklügelten Komplex von Verwaltungsbürokratien, in denen die Beamten jetzt nicht bloß entscheiden, wem der Prozeß gemacht wird und wer inhaftiert wird, sondern letztendlich auch darüber befinden, ob jemand unbegrenzt in Haft bleibt oder nicht."*[1211]

Der Bezug zu Guantánamo schließt nicht aus, solche Überlegungen auf die nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuwenden. Auch in diesem strafrechtlichen Dispositiv gewinnen die Vollzugsbeamten in den Gefängnissen an Bedeutung und liefern die wesentlichen Argumente für die konkrete Abwägung einer nachträglich angeordneten Sicherungsverwahrung. Ob ein Gefangener als ‚hoch gefährlich' angesehen wird oder nicht, ob er nach Strafende eingesperrt bleibt oder nicht, wird zunächst von dem beobachtenden Vollzugsbeamten entschieden. Ausnahmeartig können Grundrechte und verfassungsrechtliche Garantien umformuliert werden. Selbst das Bundesverfassungsgericht erkennt den Ausnahmestatus dieser Maßnahme an. Dasselbe lässt sich für die akustische Wohnraumüberwachung feststellen, bei der nicht die Einsperrung, sondern die Aberkennung der Grundrechte auf dem Spiel steht. Auch in diesem Fall werden die nicht rechtlichen Kriterien durch das Bundesverfassungsgericht festgestellt, ob die Berührung des Kernbereichs der persönlichs-

[1211] *Butler* 2005: 69.

ten Privatsphäre stattfinden darf oder nicht. Die vor Ort abhörenden Beamten müssen über den eingreifbaren Raum der Privatsphäre entscheiden. Die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung seien in diesem Sinne rechtliche Ausnahmen. Das ‚Gefährdungsrecht' sei freilich eine rechtlich rechtmäßige Ausnahme. Und wie jede Ausnahme steht es zugleich intern und extern zum Recht. Wenn man davon ausgeht, dass es möglich wäre, die unbegrenzte Haft in irgendeiner Form zu rechtfertigen, sollte man zugleich bedenken, dass diese Rechtfertigung der *Nichtgrenzen* auch eine Rechtfertigung des Ausnahmezustandes und deshalb auch eine Rechtfertigung der ungesetzlichen Macht wäre.[1212] *Es liegt daher nahe, beim ‚Gefährdungsrecht' nicht mehr von einer „Ausnahme" oder von einer „Verallgemeinerung der Ausnahme" zu reden.* Es wäre wahrscheinlich produktiver, sich mit der Vorstellung abzufinden, dass das gegenwärtige Strafrecht in seine Form als ‚Gefährdungsrecht' Dispositive konstruiert, die zugleich innerhalb und außerhalb des Rechts angesiedelt sind und dadurch stärker intervenieren: zugleich formell und unmittelbar körperlich, zugleich regulierend und gewalttätig, zugleich individuell und diffus.

6.4. Giorgio Agamben

Die Arbeit von *Giorgio Agamben*, die sich mit der Frage des Rechts und der Souveränität beschäftigt, schließt unmittelbar an das Konzept der Biopolitik von *Michel Foucault* an.

6.4.1. *Bíos* und *Zōé*

Für seine Analyse einer politischen Logik von Inklusion durch Exklusion sowie für die damit verbundene Idee des Ausgeschlossenen als bloß körperliches Leben, greift *Agamben* ausführlich auf zwei nützliche Einlassungen zurück: Zuerst übernimmt er die griechische Trennung der Begriffe *bíos* und *zōē. Zōé* sei das nackte Leben, d. h. das unpolitische, nur körperliche und biologische Leben. *Bíos* sei dagegen das politische, gesellschaftliche und bürgerliche Leben. Nicht jeder besitzt, genauer gesagt, nicht jedem wird *bíos* zugesprochen. Während das nackte Leben des *Homo Sacers* eine absolute Abwesenheit der zivilen und politischen Attribute und Rechte im alten Griechenland bedeutet, ist *bíos*

[1212] *Butler* 2005: 82.

der Genuss der gesellschaftlichen Existenz. Leben ohne politisches Leben ist nur biologisches Leben, das, wenn es „krank“ oder „gefährlich“ ist, eliminiert werden muss. Die Logik des Ausnahmezustands beginnt nach *Agamben* schon mit dieser Möglichkeit, das bloße Leben, das in der Normalsituation an die vielfältigen Formen des gesellschaftlichen Lebens angebunden erscheint, explizit als letzten Grund der politischen Macht aufzurufen, d. h. dieses bloße Leben von ihrer Lebensweise und von ihren Lebensmöglichkeiten „immer und vor allem Potenz“[1213] zu trennen.[1214] Dieses bloße Leben, das vom gesellschaftlichen politischen Leben unterschieden und ausgeschlossen werden kann, unterscheidet sich so nach *Agamben* von der *Lebensform* – deren Lebensweise und ihren Lebensmöglichkeiten –, die dagegen ein Leben bedeutet, wo niemals ein bloßes Leben isoliert werden kann.[1215] „Das letzte Subjekt, das es auszunehmen, und zugleich in die Stadt einzuschließen gilt, ist immer das bloße Leben“.[1216]

Das bloße Leben ist die Bedingung der Trennung zwischen denjenigen, die nur dieses bloße Leben sind, und denjenigen, die dazu auch *bíos* sind, bei denen die *Lebensform* erhalten geblieben ist; es ist eine Trennung, die in der Unterscheidung zwischen *Volk* und *volk*, wie in der römischen Unterscheidung zwischen *popolo grasso* (den Reichen und hohen Herren) und *popolo minuto* (dem einfachen Volk) am deutlichsten zu erkennen ist:[1217] einerseits Volk [*Popolo*], politische Existenz, Einschließung, *bíos*. Im Gegensatz dazu steht volk [*popolo*] als nacktes Leben, Ausschließung, *zōé*. So beschreibt *Agamben* „auf der einen Seite die Menge <Volk> als integralen politischen Körper, auf der anderen Seite die Untermenge <volk> als fragmentarische Vielfältigkeit von bedürftigen und ausgeschlossenen Körpern; hier eine Einschließung, die keinen Rest duldet, dort eine Ausschließung, die keine Hoffnung kennt.“[1218]

Die heutige „Aufhebung“ des Rechts bedeutet eine *Ausnahme*, und zwar nicht, weil es nur selten passiert, sondern weil ein *rechtsfreier Raum geöffnet wird, in dem nicht länger das Recht, sondern die souveräne Entscheidung außerhalb des Rechts*

[1213] *Agamben* 2006: 13.
[1214] *Agamben* 2006: 17.
[1215] *Agamben* 2006: 13.
[1216] *Agamben* 2006: 15.
[1217] *Agamben* 2006: 34 f. „Jede Interpretation der politischen Bedeutung des Wortes Volk muss von der bemerkenswerten Tatsache ausgehen, dass es in den modernen europäischen Sprachen immer auch die Armen, Enterbten und Ausgeschlossenen bezeichnet. Dasselbe Wort benennt mithin sowohl das konstitutive politische Subjekt als auch die Klasse, die, wenn nicht rechtlich, so doch faktisch, von der Politik ausgeschlossen ist.“ (*Agamben* 2002: 186).
[1218] *Agamben* 2002: 187.

gilt:[1219] Durch die Ausnahme wird das nackte Leben – *zōē* – in das politische Leben – *bíos* – verwandelt und ausgeschlossen. Die leere Potenz des Gesetzes wirkt so stark, dass diese Rechtsform von der Lebensform nicht mehr zu unterscheiden ist.[1220] „In dieser Perspektive ist unsere Zeit nichts anderes als der erbitterte und methodisch durchgeführte Versuch, die Spaltung, die das Volk entzweit, dadurch zu schließen, dass das Volk der Ausgeschlossenen radikal eliminiert wird."[1221] Das bloße Leben des Gefangenen, der als ‚Risikobündel' konstruiert wird, wird zum rechtlich-politischen Subjekt, das es erneut auszuschließen gilt; dem bloßen Leben von Ausländern und ‚Gewalttätigen' wird durch die Konstruktion ‚Organisierte Kriminalität' eine Bedeutung gegeben und es wird folglich von ihren Rechten *gesetzlich* ausgeschlossen. Ein anderes Beispiel bietet das Urteil des Bundesverfassungsgerichts über das Luftsicherheitsgesetz. In diesem Fall sind die Bedingungen anders, aber die hier präsentierte Logik ist immer noch am Beispiel erkennbar. Das Gericht akzeptiert den Abwehrabschuss mutmaßlicher Flugzeugentführer, wenn sich in der Maschine keine weitere Passagiere befinden, und erklärt, dass diese Entführer nicht als bloßes Objekt des staatlichen Handelns behandelt werden, sondern gerade als Rechtssubjekte, die selbstbestimmt agieren und die Folgen ihrer Handlungen annehmen sollen.[1222] Hier wird das bloße Leben rechtlich anerkannt und eingeschlossen, um es rechtlich ausschließen und auslöschen zu können.

Das Recht ist in der *agambenschen* Logik im Prinzip eine rationale, vernunftorientierte Konstruktion. Die *foucaultsche* Norm ist eher das Resultat der Kombination mehrerer Lebensprozesse. Deshalb ist vielleicht die Vernunft ausgeschaltet, wenn man über Lebensprozesse zu entscheiden hat. *Bíos* wird beiseite gelegt, wenn man über *zōé* entscheiden muss. "Biocultural life exceeds any textbook logic because of the nonlogical character of its materiality. It is more messy, layered, and complex than any logical analysis can capture. The very illogicalness of its materiality ensures that it corresponds entirely to no

[1219] Vgl. *Krasmann* 2007b: 75 ff.

[1220] *Agamben* 2002: 63.

[1221] *Agamben* 2006: 34.

[1222] „Wer, wie diejenigen, die ein Luftfahrzeug als Waffe zur Vernichtung menschlichen Lebens missbrauchen wollen, Rechtsgüter anderer rechtswidrig angreift, wird nicht als bloßes Objekt staatlichen Handelns in seiner Subjektqualität grundsätzlich in Frage gestellt […], wenn der Staat sich gegen den rechtswidrigen Angriff zur Wehr setzt und ihn zur Erfüllung seiner Schutzpflichten gegenüber denen, deren Leen ausgelöscht werden soll, abzuwehren versucht. Es entspricht im Gegenteil gerade der Subjektstellung des Angreifers, wenn ihm die Folgen seines selbstbestimmten Verhaltens persönlich zugerechnet werden und er für das von ihm in Gang gesetzte Geschehen in Verantwortung genommen wird. Er wird daher in seinem Recht auf Achtung der auch ihm eigenen menschlichen Würde nicht beeinträchtigt" (BVerfGE 115, 118, S. 161 – Urteil vom 15. Februar 2006, BvR 357/05).

design, no simple causal pattern, or no simple set of paradoxes."[1223]Auch wenn diese rational nicht nachzuvollziehenden Raster ständig gesucht und in künstlichen Rasterkonstruktionen, wie versicherungsmathematischen Kalkülen reflektiert und regiert werden wollen.

In diesem Kommentar zur agambenschen Analyse hebt *Connolly* eine der wichtigsten Schwierigkeiten der biopolitischen Technologie hervor. Biopolitik orientiert sich an natürlichen Normen und nicht an geschriebenem Recht. Deshalb sind weder die Logik noch die Vernunft die geeigneten Instrumente, die biopolitische Macht zu verstehen. Die Vernunft reicht in diesem biopolitischen Feld nicht aus, um die Logik der Todesmacht und der souveränen Ausnahme zu verstehen, wenn auch diese Vernunft diejenige ist, die die kritische Lage des Subjekts geschaffen hat, wie *Foucault* schrieb: „Jahrtausende hindurch ist der Mensch das geblieben, was er für Aristoteles war: ein lebendes Tier, das auch einer politischen Existenz fähig ist. Der moderne Mensch ist ein Tier, in dessen Politik sein Leben als Lebewesen auf dem Spiel steht."[1224] Der politisierte Mensch, sobald er z. B. in seinen Rechten entpolitisiert wird, bleibt ein Wesen, das weder lebendig ist, über kein politisches Leben und über keine Menschenrechte verfügt, noch tot ist, d. h. ein *Homo Sacer* ist. Der Körper ist der Beweis der Ausnahme. "According to Agamben, bare life is excluded from the political realm, from the realm of the normal situation, in the very same sense as the Schmittian sovereign is excluded from the normally valid legal order. Here lies the hidden bond between bare life and sovereignty, between bio-power and sovereign power."[1225] Das bloße Leben „wird exkludiert", d. h., durch eine Machtintervention wird das bloße Leben von der Lebensform getrennt. Die Ausschließung erfolgt durch die Einsschließung: *Als normal kannst du dennoch immer noch riskant werden. Wenn du riskant wirst, weil du in das Risikoraster passt, dann wirst du exkludiert.* Die politische Umdeutung des nackten Lebens ermöglicht eine exkludierende Inklusion. "Thus, biopolitics reinscribes the earlier right of death and power over life and places it within a new and different form that attempts to include what had earlier been sacred and taboo, bare life, in political existence."[1226]

Die Bevölkerung der „Dritten Welt" sieht sich heute als *bloßes Leben* im demokratisch-kapitalistischen Projekt betrachtet. Sie scheint deshalb als Nebenwirkung auf dem Weg des Fortschritts eliminiert werden zu können.[1227] Die internationalen rechtlichen Ausnahmen sind längst geschaffen. Etwa für

[1223] *Connolly* 2004: 29.
[1224] *Foucault* 1977a: 156.
[1225] *Ojakangas* 2005: 8.
[1226] *Dean* 2001: 53.
[1227] *Agamben* 2006: 36.

Flüchtlinge, die keine nationalen Rechte haben, scheint es auch keine Menschenrechte zu geben. Hier treffen einige Überlegungen von *Hannah Arendt* zu. Die Menschenrechte, beklagt sie sich, scheinen nicht für alle Menschen zu gelten. Die Menschenrechte, so wie sie anerkannt werden können, können auch entzogen werden.[1228] Aus der Idee eines Rechtsstaats bzw. aus einem Gesetzesstaat ist ein nationaler Volksstaat geworden ist, der sich nur um die Angehörigen der eigenen Nation kümmert, „und dies wiederum konnte gar nichts anderes heißen", erklärt *Arendt* am Beispiel Deutschland, „als daß nationale Interessen allen Erwägungen juridischer Art überzuordnen waren, daß mit anderen Worten ‚Recht ist, was dem deutschen Volk nützt'".[1229] Staatenlose und Minderheiten haben keine Menschenrechte, da sie auch keine bürgerlichen und keine politischen Rechte haben – und Menschenrechte lediglich als Teil jener anderen betrachtet werden. Wie es bereits auch *Derrida* erkannt hat, erkennt *Agamben* auch dieses Problem: „Wenn seine Rechte nicht mehr Rechte des Bürgers sind, dann ist der Mensch wahrhaft heilig [sacro] – in dem Sinn, den dieser Terminus im altrömischen Recht hat: dem Tod geweiht."[1230] So wie bei *Foucault* ist damit nicht unbedingt der physische Tod gemeint. Die Ausschließung ist doch oft tödlich, aber nicht unbedingt für immer. Angewendet auf die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung wird es hier erneut sichtbar, wofür die Diskursanalyse und die Suche nach den Signifikantenverkettungen in parlamentarischen Diskussionen und Urteilen nützlich sind. Sowohl bei dem ‚hoch gefährlichen Täter' und seinen begrifflichen Varianten als auch bei der ‚Organisierten Kriminalität' ist in der Analyse sichtbar geworden, dass diese Konstruktionen als negative Figuren, als *constitutive outsiders* gegenüber der zu schützenden Allgemeinheit und gegenüber den zu schützenden ‚Bürgern' konstruiert

[1228] Ausführlich darüber siehe *Arendt* 1962: 434-452, die *Die Aporien der Menschenrechte* analysiert.

[1229] *Arendt* 1962: 414. Die Parallelen zwischen der Situation der Minderheiten nach dem Ersten Weltkrieg und der Situation der ‚Fremden' der Gegenwart sind erstaunlich. Die Widersprüche zwischen Nation und Staat, und die rechtliche Lage der Nichtnationalen waren nach dem ‚Experiment' der Minderheitenverträge deutlich, und zwar dergestalt, „daß Staatsbürgerschaft und nationale Zugehörigkeit nicht zu trennen sind, daß nur die nationale Abstammung den Gesetzesschutz wirklich garantiert und daß Gruppen einer anderen Nationalität nur durch Ausnahmerecht zu schützen sind, solange sie nicht völlig assimiliert sind und ihre volksmäßige Abstammung vergessen ist. Diese Implikationen der Minderheitenverträge kamen vor allem in den interpretierenden Reden der Staatsmänner im Völkerbund ans Licht, die immer wieder betonten, daß man von keinem Lande erwarten könnte, daß es seinen Gesetzesschutz auf die erstreckte, die für immer auf einer Sonderstellung bestünden und unassimilierbar seien." (*Arendt* 1962: 414).

[1230] *Agamben* 2006: 27.

werden. Diese ‚Gefährder' sind zwar sehr diffus und unterschiedlich in ihrer Gestalt. Es gibt dennoch etwas, dass sie – nach dem parlamentarischen und verfassungsgerichtlichen Diskurs – definitiv *nicht* sind: ‚Bürger'. Sie sind als ‚Nichtbürger' adressiert. Sie haben keine oder viel geringere Rechte als die ‚Bürger'. Sie sind durch die Entfremdung entrechtlicht, entsubjektiviert und entfremdet, d. h. nach *Agamben* „heilig" und „dem Tod geweiht".

6.4.2. Ausnahmezustand

Diejenigen, die *dem Tod geweiht* sind, sind diejenigen, die keine Rechte mehr haben, die aber immer noch an einer politischen Ordnung Teil haben. *Sie haben kein Recht, Rechte zu haben.* Sie werden trotzdem *politisiert*, um ordentlich ausgeschlossen oder wie die ‚Gefährder' ausgeschaltet werden zu dürfen. Es fällt schwer, die Regelung dieser Situation als Ausnahme zu bezeichnen: „Die Bestimmung des Begriffs ‚Ausnahmezustand' selbst ist schwierig, weil er auf der Grenze zwischen Recht und Politik angesiedelt ist".[1231] Die Konzepte nicht nur von Gesetzen, sondern auch von Normen sind hilfreich, um diese ‚Ausnahme' zu verstehen.

"Exceptions are nothing but extensions of the norm."[1232] Überall und immer mehr werden Lücken nicht innerhalb des Gesetzts, sondern innerhalb oder an der Seite der Lebensmacht geschaffen und benötigt, um die Schwierigkeiten der Lebensmacht zu lösen. Die Felder, in denen sich diese Prozesse vollziehen, nehmen ständig zu, was ihr Auffinden immer schwerer macht.

> *„Wenn es in jedem modernen Staat eine Linie gibt, die den Punkt bezeichnet, an dem die Entscheidung über das Leben zur Entscheidung über den Tod und die Biopolitik somit zur Thanatopolitik wird, dann erweist sich diese Linie heute* nicht mehr als feste Grenze*, die zwei klar unterschiedene Bereiche trennt.* Sie ist beweglich und verschiebt sich in immer weitere Bereiche des sozialen Lebens*, wo der Souverän immer mehr nicht nur mit dem Juristen, sondern auch mit dem Arzt, dem Wissenschaftler, dem Experten und dem Priester symbiotisiert."*[1233]

Die Grenzen zwischen den verschiedenen Bereichen sind beweglich und unbestimmt. Regulierung und souveräne Mechanismen lassen sich immer schwieriger unterscheiden. Das Recht als Instrument dieser Differenzierung wird daher ebenfalls immer unbestimmter und diffuser. Immer weitere Bereiche sehen sich von ihm angetastet. Unklar ist freilich, ob das Recht dabei als

---

[1231] *Agamben* 2004: 7.
[1232] *Ojakangas* 2005: 16.
[1233] *Agamben* 2002: 130 [Hervorhebung hinzugefügt].

Regulierung oder als Ausnahme handelt. Die Differenzierung scheint nicht eindeutig zu sein.[1234] Ärzte, Experten, Risikoexperten gehören zu den Institutionen der Lebensmacht und ihren Normen. Es gibt aber eine Symbiose zwischen ihnen und der Souveränität. Sie alle rufen nach einer Ausnahme, wenn in ihrem Gebiet etwas Bedrohliches auftaucht oder als bedrohlich wahrgenommen wird. Auch die Ökonomie ist ein Gebiet geworden, das sich als legitimer „Souverän" für den Aufruf des Ausnahmezustand identifizieren lässt, wie die Sorgen um die ‚Organisierte Kriminalität' zeigen. Das Recht wird sofort und ohne Distanz eingeschaltet.[1235]

Agamben „contends that the 'logic' that binds sovereignty, the sacred, and biopolitics together leads (inexorably?) to a state in which a supreme power can annihilate a whole minority in the name of national unity."[1236] Diese Aussage wurde bereits in ähnlicher Weise dargelegt, indem eine durch die Biopolitik komplementäre Funktionsweise von souveräner Macht und Gouvernementalität beschrieben wurde.[1237]

Das Problem der Souveränität liegt für *Agamben* immerhin nicht in diesem biopolitischen Zusammenspiel, sondern eher in dem Paradox, dass der Staat eine absolute Autorität benötigt, um offene Fragen hinsichtlich des Gesetzes zu klären. Dieses Paradox besteht darin, dass es dieser Autorität jedoch selbst an einem vorangegangenen Gesetz mangelt, das die Autorität des Staates reguliert. „Der Souverän steht zugleich außerhalb und innerhalb der Rechtsordnung."[1238] Es gibt deshalb kein Gesetz, sondern biopolitische Mechanismen, die im Notfall die Entscheidung treffen. Wenn man davon ausgeht, dass die Dispositive der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung der Logik einer rechtlichen Ausnahme folgen, dann muss auch akzeptiert werden, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinen

---

[1234] Siehe in diese Richtung die Kritik von *Neal* (2007a: 49 ff.), der sich gegen die von *Agamben* präsentierten Dichotomien Norm/Ausnahme, nacktes Leben/politisches Leben auspricht, weil sie zu sehr souverän-zentriert sind und Prozesse und Kontinuitäten ausblenden.

[1235] Siehe *Agamben* 2004: 20. Auch *Ojakangas* betont diesen Punkt, indem er bestimmte „*directives*", die Schmitt erwähnt, als einzige Bezugspunkte inmitten formloser Normen – auch Normen der Ökonomie – analysiert. „According to Schmitt, the directive appears because the legislation is subjected to serve the immediate needs of the economy. In *Foucault*'s terms, the law operates more and more as a norm – or as a tactics, as he also puts it. It is no longer an expression of a legislator's will but an expression of life in the sphere of the economy. It is the laws of economy – as well as biology, psychology, sociology – that define the content of the formless norm" (*Ojakangas* 2005: 17).

[1236] *Connolly* 2004: 26.

[1237] Über diese komplementäre Funktionsweise siehe *supra* FN 1206 und Haupttext.

[1238] *Agamben* 2002: 25.

Entscheidungen über die Ausnahme entscheidet. Die Urteile des Bundesverfassungsgerichts befinden sich daher an der Schwelle zwischen Recht und Politik, zwischen souveräner Ausnahme und gouvernementaler Regulierung.

Nicht das Recht, sondern seine Abschaffung, nicht die Regel, sondern die Ausnahme gilt in den Fällen, bei denen eine *Suspendierung* der gültigen Ordnung notwendig ist, um ihr Bestehen zu sichern.[1239] Das Dispositiv der akustischen Wohnraumüberwachung wurde als Mittel zur Bekämpfung der ‚Organisierten Kriminalität' geschaffen, weil diese Figur der ‚Organisierten Kriminalität' als bedrohlich für die rechtsstaatliche Ordnung angesehen wurde. Die rechtsstaatliche Ordnung benötigte ein kämpferisches rechtmäßiges und trotzdem immer noch ausnahmeartiges Mittel, um sich zu erhalten.

> *„In Wahrheit steht der Ausnahmezustand weder außerhalb der Rechtsordnung, noch ist er ihr immanent, und das Problem seiner Definition betrifft genau eine Schwelle oder eine Zone der Unbestimmtheit, in der innen und außen einander nicht ausschließen, sondern sich un-bestimmen [*s'indeterminano*]. Die Suspendierung der Norm bedeutet nicht ihre Abschaffung, und die Zone der Anomie, die sie einrichtet, ist nicht ohne Bezug zur Rechtsordnung (oder gibt wenigstens vor, es nicht zu sein). Von daher rührt das Interesse an Theorien wie der Schmittschen, die den topographischen Gegensatz in eine komplexere topologische Beziehung überführen, bei der die Grenzlinien der Rechtsordnung selbst in Frage stehen."*[1240]

Die Grenzen zwischen Recht und Politik und sogar die eigenen Grenzen der Rechtsordnung werden infrage gestellt, indem das Bundesverfassungsgericht Urteile spricht. Ein erhellendes Beispiel bietet *Agamben* an:

> *„Die unmittelbar biopolitische Bedeutung des Ausnahmezustands als einer ursprünglichen Struktur, in der das Recht durch seine eigene Suspendierung das Lebendige in sich schließt, kommt in aller Klarheit durch die* military order *zum Vorschein, die der Präsident der Vereinigten Staaten am 13. November 2001 erlassen hat. Danach ist bei Nicht-Staatsbürgern, die terroristischer Taten verdächtigt werden, »unbeschränkte Haft« (*indefinite detention*) und ein Prozeß vor »*military commissions*« erlaubt (die nicht mit Militärgerichten zu verwechseln sind, wie sie das Kriegsrecht vorsieht)."*[1241]

Die Suspendierung des Rechts durch den Souverän kann im wörtlichen Sinne illegal, aber nicht ungerecht oder illegitim sein, vorausgesetzt dass diese Suspendierung nach Lebens- und Rechtserhaltung strebt.[1242] Die Regeln für die ‚Bewertung' der Suspendierung sind

[1239] *Agamben* 2004: 41.

[1240] *Agamben* 2004: 33 (Hervorgehoben im Original).

[1241] *Agamben* 2004: 9.

[1242] Expliziter könnte die Aufhebung des Rechts kaum sein. Siehe *Military Order of November 13, 2001, USA: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism*. Die bedeutendsten Passagen der Sektionen 1. und 7. lauten: „*Section 1. Find-*

die der Biopolitik und nicht die des Rechts oder der reinen logischen Analyse. Aus einer technischen Sichtweise erklärt deshalb *Agamben*, ist das Spezifische am Ausnahmezustand nicht so sehr die mangelnde Gewaltenteilung als vielmehr die Trennung bzw. das Herauslösen der Gesetzeskraft aus dem Gesetz. „Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine ‚Kraft' hat), und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von Gesetzen haben, deren ‚Kraft' gewinnen".[1243]

Zwei Varianten sind in diesem Zusammenhang denkbar: 1. Auf die in dieser Arbeit analysierten Dispositive könnte die Aussage zur Folge haben, dass *das Recht[1244] gilt, aber nicht angewandt wird* (Gesetz ohne Kraft). Der Artikel 13 GG, das Rückwirkungsverbot und das Schuldprinzip gelten zwar, haben *aber* in den konkreten Fällen keine Kraft und werden durch die Dispositive aufgehoben. 2. *Handlungen, die keinen Stellenwert von Gesetzen haben, gewinnen an Kraft* (Kraft ohne Gesetz). Die polizeiliche Unterbringung jenseits der Strafe ist wirkungsvoll, das Abhören in der Privatwohnung ebenso *aber* sie haben keine gesetzliche Form. Diese Interpretationen erscheinen auf den ersten Blick richtig. Eine nähere Betrachtung zeigt jedoch andere Ergebnisse. Sowohl bei der akustischen Wohnraumüberwachung als auch bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung sind wirkungsvolle Praktiken zu beobachten, die *auch* gesetzlich gemacht werden. Die Gültigkeit von Artikel 13 GG wird nicht infrage gestellt, aber die Privatwohnung wird trotzdem gesetzlich verletzt: Eine Änderung bzw. Umformulierung des Artikels 13 GG hat diese Maßnahme möglich gemacht. Die Verletzung des Kernbereichs der Privatsphäre hat daher Kraft *und* Gesetz. Sie ist keine Ausnahme. Sie wurde gesetzlich verabschiedet und hat die notwendige Kraft für eine Anwendung. Dasselbe lässt sich für die nachträgliche Sicherungsverwahrung feststellen. Dieses Dispositiv wurde zunächst ohne verfassungsrechtliche Grundlage von der Polizei angewendet und

---

ings. […] (f) Given the danger to the safety of the United States […] it is not practicable to apply in military commissions under this order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts. (g) […] I have determined that an extraordinary emergency exists for national dense purposes, that this emergency constitutes an urgent and compelling government interest, and that issuance of this order is necessary to meet the emergency. […] *Section. 7. Relationship to Other Law and Forums.* […] (b) (2) the individual shall not be privileged to seek any remedy or maintain any proceeding, directly or indirectly, or to have any such remedy or proceeding sought on the individual´s behalf, in (i) any court of the United States, or any State thereof, (ii) any court of any foreign nation, or (iii) any international tribunal."

[1243] *Agamben* 2004: 49.

[1244] *Agamben* spricht von der Norm, die aber nicht im Sinne von *Foucault* zu verstehen ist. In dieser Passage bezieht sich *Agamben* auf das geschriebene Recht, das Gesetz.

erst später verfassungsrechtlich abgesegnet. Das Rückwirkungsverbot gilt zwar immer noch, wurde aber vom Bundesverfassungsgericht für die Einführung dieses Dispositivs umformuliert; das Schuldprinzip gilt ebenfalls immer noch, wurde aber für dieses Dispositiv – erneut –umformuliert.[1245] Deshalb kann man meines Erachtens nicht von einer Ausnahme in diesen Fällen sprechen, sondern lediglich von einer *scheinbaren Ausnahme*. Diese scheinbare Ausnahme ist ohnehin eine Entscheidung, die vom Bundesverfassungsgericht – als Souverän – getroffen wird.

6.4.3. Glück ohne Recht

Dieses Recht über Leben und Tod, die souveräne Macht, sieht sich heute nicht nur im Raum der Ausnahme,[1246] sondern auch – wie es *Benjamin* schon gesehen hatte – in der Figur der *souveränen* Polizei, die „die konstitutive Vertauschung von Gewalt [violenza] und Recht entblößt"; Die Vertauschung ist nur eine Folge dieser „Investitur des Souveräns zum Polizeibeamten".[1247] Die andere Folge ist, dass sie die Kriminalisierung des Gegners erforderlich macht:

> *„Wir haben indes mit eigenen Augen gesehen, wie infolge einer Entwicklung, die mit Ende des Ersten Weltkriegs begonnen hat, der Feind zuerst aus der zivilisierten Menschheit ausgeschlossen und zum Kriminellen gestempelt wird; erst danach wird es zulässig, ihn in einer ‚Polizeioperation' zu vernichten, bei der keine Pflicht zur Respektierung irgend einer rechtlichen Norm besteht und, in einer Rückkehr zu den archaischen Bedingungen der Kriegsführung, Zivilbevölkerung und Soldaten, das Volk und sein Verbrecher-Herrscher [sovrano-criminale] vermengt werden können."*[1248]

Da Recht und Gewalt so unsichtbar verbunden sind und die Sprache auch eine bestimmende unsichtbare Bindung mit der Natur hat – eine Bindung, die zum Punkt der Indifferenz zwischen Recht und Gewalt geführt hat –, sollte man ein Denken jenseits jedes bekannten Rechts und jenseits jedes bekannten *logos* versuchen. Deshalb schlägt *Agamben* vor, dass, wenn es heute eine soziale Macht [potenza] gibt, sie zur eigenen Ohnmacht führen sollte und „im Ver-

[1245] Das Schuldprinzip gilt bekanntlich nicht für die zweite Spur des Strafrechts (siehe kritisch dazu *Weichert* 1989). Das Maßregelrecht hat allerdings im Falle der Sicherungsverwahrung immer eine gewisse Tatabhängigkeit, die im Falle der nachträglichen Sicherungsverwahrung ebenfalls aufgehoben wurde. Die Anordnung erscheint deshalb in diesem Sinne als Verletzung der Prinzipien, die zumindest die Bindung mit vergangenen Handlungen erfordern.

[1246] *Agamben* 2006: 37 ff.

[1247] *Agamben* 2006: 91.

[1248] *Agamben* 2006: 93 f.

zicht auf jeden Willen sowohl Recht zu setzen als auch es zu wahren, den Zusammenhang zwischen Gewalt [violenza] und Recht, zwischen Lebendem und Sprache an allen Orten sprengen."[1249] Diese Idee, jenseits des Rechts eine neue Lebenslogik zu suchen, führt *Agamben* sogar weiter, bis zu der Hoffnung eines gewissen glücklichen Lebens, das ohne die Intervention des Rechts möglich sei. Das glückliche Leben, das die Basis für die politische Philosophie sein sollte, kann „gerade ein ‚befriedigendes' und absolut profanes Leben" sein, „das die Vollkommenheit der eigenen Potenz und der eigenen Mitteilbarkeit erreicht hat, und auf das die Souveränität und das Recht keinen Zugriff mehr haben."[1250]

[1249] *Agamben* 2006: 98.
[1250] *Agamben* 2006: 99.

7. Schlussbetrachtung und Ausblick

Während fachliche und öffentliche Diskussionen auf verschärfende, entgrenzende und rechtsstaatlich zuhöchst zweifelhafte Entwicklungen des Strafrechts hinweisen, zentriert sich diese Untersuchung auf die Frage, welche Mittel und Zwecke einem solchen neuen Strafrecht zugrunde liegen. Diese Fragestellung stützt sich auf die These, dass ein veränderter Strafrechtsdiskurs sich an andere Figuren wendet, d.h. an einen neuen bzw. erweiterten Adressatenkreis, gegen den sich das Strafrecht mit anderen Mitteln und Zwecken richtet. Eine neue Auslegung des Strafrechts, das sich Dispositiven wie der nachträglichen Sicherungsverwahrung und der akustischen Wohnraumüberwachung bedient, wird offenbar. In dieser Arbeit werden die konstruierten Adressaten dieses ‚Gefährdungsrechts' als ‚Gefährder' bezeichnet. Das ‚Gefährdungsrecht' erweist sich als eine neue Rechtsform, da es, der Logik eines administrativen Risikomanagements folgend, seinen Adressatenkreis diffus bestimmt und die gefährdenden Figuren zugleich offensiv bekämpft. So ein ‚Gefährdungsrecht' kann „nie weit und scharf"[1251] genug sein. Dabei entsprechen die *Weite* der Logik des Risikomanagements und die *Schärfe* der Logik der

[1251] *Kunz* 2006: 85.

Bekämpfung. Für den Diskurs des Strafrechts ist diese Zusammensetzung ein Novum. Es geht nicht nur um die alltägliche Verwaltung von Risiken wie in einer *criminology of the everyday life* und auch nicht nur um die Bekämpfung von Feinden wie in der *criminology of the alien other*. Vielmehr bestehen diese Logiken im ‚Gefährdungsrecht' komplementär zueinander,[1252] und sind darüber hinaus in komplexen Interventionsformen miteinander verbunden. Eine Abgrenzung beider Logiken voneinander ist nicht mehr möglich, sie sind verschmolzen und wirken zusammen. Das ‚Gefährdungsrecht' legt das Strafrecht neu aus, wobei die Fusion beider Rationalitäten eine grenzenlose Erweiterung und Verschärfung des Strafrechts bewirkt.[1253] Risikorationalität und Bekämpfungsrationalität sind verbunden: *Risikomanagement ohne Feindbekämpfung wäre lediglich eine diffuse Verwaltung bzw. Minimierung riskanter Situationen,* bspw. durch generalpräventiv bezweckte Strafen, Präventionsprogramme für Opfer zur Vermeidung von Risikosituationen usw.; *Feindbekämpfung ohne Risikomanagement wäre eine gezielt offensive Intervention gegenüber konkretisierten Individuen*, etwa durch Erhöhung des Strafrahmens weniger spezieller Tatbestände, durch eine klar definierte Erweiterung der Verfolgungsmöglichkeiten für spezifische Tatbestände etc. *Die Verschmelzung beider Logiken drückt sich im ‚Gefährdungsrecht' als eine zugleich diffuse und offensive präventive strafrechtliche Intervention aus.* Risiken werden nicht nur verwaltet, sondern ausgeschaltet. Feinde werden nicht konkret bestimmt, sondern nach abstrakten Risikokategorien konstruiert. Strukturell ist dieses ‚Gefährdungsrecht' dabei nicht neu.

In den diskursiven Gefügen des modernen Rechts sind die Bedingungen für die Konstruktion der neuen Strafrechtsauslegung und für die *Einschreibung* eines solchen Strafrechtsdiskurses bereits enthalten. Die heutige Neuauslegung des Strafrechts – das ‚Gefährdungsrecht' – ist lediglich eine Äußerung der inneren Logik des Rechts, die lange unsichtbar geblieben war. Diese Ergebnisse können, ähnlich den Überlegungen von *Hallsworth,* zu modernen oder prämodernen Formen gegenwärtiger Kriminalpolitik im angelsächsischen Raum verstanden werden: "While I would accept that the case for establishing a postmodern penality must entail identifying the presence of penal values that are antagonistic to an incompatible with penal modernity, it does not require that these penal values be distinctly new. It is enough to suggest that they (a)

[1252] Beide Logiken sollen im Allgemeinen als komplementäre kriminalpolitische Rationalitäten verstanden werden. Siehe dazu *supra* FN 1206. Für eine Komplementarität (statt eines Antagonismus) auch *Hudson* 2001.

[1253] So auch *Frisch* (2009: 405), der erst kürzlich vor der „Ausweitung und Verschärfung der Sanktionierung" im europäischen Recht gewarnt hat. Der Autor untersucht die „Verschärfungen des Gefährlichkeit bekämpfenden Strafrechts" (S. 395 ff.), zu denen er auch die nachträgliche Sicherungsverwahrung (S. 396) und die Verwendung von Abhörgeräten in Privatwohnungen (S. 397) zählt.

erode or replace key features of penal modernity and its project; and (b) reorganize the configuration of the penal landscape in ways that are shaped by these values."[1254]

'Gefährder' sind nicht unbedingt als körperliche Figuren konzipiert. Die Logik des 'Risikomanagements' entsubjektiviert die Adressaten des Strafrechts. Ihre individuellen körperlichen Formen werden zu abstrakten 'Risikofaktoren', die bewertet und vermessen werden. Weder der 'Verbrecher' der klassischen Schule - wie der Rechtsbrecher -, noch der 'Verbrecher' der positiven Schule ist ohne einen unmittelbaren Bezug auf das Individuum als freies körperliches Subjekt vorstellbar. Der 'Gefährder' wird in dieser Arbeit hingegen als eine weit weniger bestimmbarere Figur als der traditionelle 'Verbrecher' verstanden. Konkrete Tatbestände bzw. Beschreibungen von Abnormitäten, die als Manifestationen einer 'Gefahr' angesehen werden, gibt es im 'Gefährdungsrecht' nicht. Figuren, denen relativ beliebig(e) Risikofaktoren zugeschrieben werden können, werden präventiv rechtlich bzw. physisch exkludiert. Sie werden nicht als Anormale betrachtet, sondern lediglich aufgrund ihrer potentiellen Schädlichkeit gegenüber der Gesellschaft rechtlich bzw. physisch entfremdet. Dabei werden sie durch eine fortgesetzte Entsubjektivierung zu 'Fremden' gemacht: Der 'Gefährder' wird *entsubjektiviert*, *entfremdet* und *entrechtlicht*[1255], indem er nicht länger als Rechtssubjekt betrachtet wird. Die Figur des 'Gefährders' wird nicht als abnormale Figur konstruiert und ausgeschlossen, sondern zu Sicherheitszwecken. Durch die Vielschichtigkeit der Faktoren, die als riskant für die Sicherheit betrachtet werden können, werden die erweiterten unbestimmten Konstrukte des 'Gefährdungsrechts' begründet, welche sich gerade nicht durch kausale Schadenszuweisungen auszeichnen. Für derartige Zuschreibungen ist daher zwar kein individuell kausaler Schadenseintritt notwendig, aber dennoch die Konstruktion des 'Gefährders' und die Intervention des Strafrechts gerechtfertigt. Dem 'Verbrecher' werden, nach dem herkömmlichen Strafrechtsverständnis, – kausal – Schäden bzw. Taten zugewiesen, sofern er für eine konkrete Handlung verantwortlich gemacht werden kann. Es wäre auch möglich, dass ein 'Verbrecher' als 'gefährlich' klassifiziert, aber dennoch strafrechtlich entschuldigt wird, weil er für die Tat nicht verantwortlich gemacht werden kann. Dem 'Gefährder' hingegen wird keine konkrete Tat zugeschrieben, sondern ihm wird eine potentielle – *zukünftig eventuell eintretende* – Schädlichkeit vorgeworfen. Er wird einzig für die prognostizierte Wahrscheinlichkeit einer solchen Situation strafrechtlich verantwortlich gemacht. Es entspricht der Logik des 'Risikos', dass *Risikofaktoren nur Indikatoren sind, die bei*

[1254] *Hallsworth* 2002: 161.

[1255] Vgl. ähnlich *Arnold* (2006: 305), der *Jakobs* kritisiert, weil er den „Feind" als „rechtlos" darstelle.

kumulativem Vorliegen zu berücksichtigen sind, die aber, sofern sie für sich alleine stehen, keine unmittelbaren Folgen mit sich ziehen. Zur Minimierung bzw. Ausschaltung berechneter Risiken wird ein erweitertes diffuses Instrumentarium angewendet, das nicht den Prämissen der Bestimmtheit und Offenheit des Strafprozesses gerecht wird.

Die Idee des Risikomanagements ist an die Logik einer versicherungsmathematischen Kalkulation gebunden. Sowohl bei der *actuarial justice* als auch bei dem ‚Gefährdungsrecht' spielen Entsubjektivierungs- und Entrechtlichungsprozesse eine bedeutsame Rolle. In beiden Fällen löst sich die Figur des ‚Verbrechers' auf, stattdessen wird von ‚Risiken' und ‚Gefahren' gesprochen. Dabei geraten nicht Taten oder Handlungen, sondern die ‚Gefährdung der Sicherheit' ins Visier. Voraussetzung für die Vermutung einer solchen Gefährdung sind Faktoren, die schon vorher einem Raster zugeordnet wurden oder *ad hoc* konstruiert werden.[1256] "This does not mean that individuals disappear in criminal justice. They remain, but increasingly they are grasped not as coherent subjects, whether understood as moral, psychological or economic agents, but as members of particular subpopulations and the intersection of carious categorical indicators."[1257] *Um ein ‚Gefährder' zu werden und Grundrechte zu verlieren, ist ein eigenes Zutun nicht unbedingt erforderlich.* Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist keine *preventive detention*, insbesondere nicht, da sie dem eigentlichen Strafprozess nicht vorgelagert stattfindet. Gemeinsam hat sie allerdings mit der *preventive detention*, dass sie nicht mit der Strafe im Zusammenhang steht. Beide bezwecken „to protect the 'safety of the community'".[1258] Aus diesem Grund steht diese Einsperrung jenseits traditioneller rechtlicher Grenzen.[1259] Nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts[1260] geht es „um die Beherrschung einer Gefährdungslage". Vor diesem Hintergrund kann man von einer Diffusion bzw. „*volatility*"[1261] des Strafrechtsdiskurses sprechen. *Krasmann* stellte hierzu fest: Es „ist jetzt nicht mehr die Verletzung einer Norm entscheidend, sondern eine abstrakte Gefahr, und es ist die Abstraktion der Gefahr von konkreten Personen und individuellem Handeln, welche die Schwelle der Intervention nicht nur unbestimmt, sondern auch varia-

[1256] Diese Faktoren können aus nicht abschließenden Tatenkatalogen, aus einer beliebigen Ansammlung verdächtiger Merkmaler im Register der Geheimpolizei, aus auffälligem Verhalten von Gefangenen etc. konstruiert werden.

[1257] *Feely/Simon* 1994: 178.

[1258] *Feeley/Simon* 1994: 180.

[1259] Im Fall *Salerno,* siehe *supra* FN 252, wurde klar: „Preventive detention does not trigger the same level of protection as other penal detention decisions because pre-trial release is intended to manage risks rather than punish." (*Feeley/Simon* 1994: 181).

[1260] BVerfG 109, 133, S. 188.

[1261] *Ashworth/Zedner* 2008: 38.

bel handhabbar macht.“[1262] Wenn man aber weniger an ‚Gefahren‘, und mehr an ‚Risiken‘ denkt, wird die Konstruktion befürchteter *gefährdender* und *unsicher machender* Handlungen und Zustände noch diffuser. Gerade eine vermutete Gefährdung offen formulierter Schutzziele ermöglicht später die Exklusion, welche mehr als nur ein Management ist. Diese *Flexibilisierung* des Strafrechts führt zu einer Dominanz der Zweckidee anstelle der Rechtsidee, wie *Vormbaum* kritisch feststellt: Jeder halbwegs plausible Zweck, meistens als Schutzzweck oder als Bekämpfungszweck formuliert, steht in Aussicht, strafrechtliche Unterstützung zu bekommen.[1263] Dabei geht es nicht nur um Kontrolle oder Management statistisch riskanter Gruppen oder Zonen, sondern eher um die Bekämpfung, Neutralisierung und Ausschließung dieser als ‚Gefährder‘ konstruierten Figuren.[1264] Das ‚Gefährdungsrecht‘ geht deshalb weit über die Risikologik hinaus. *Das Strafsystem agiert wie ein kurioses Möbiusband.*[1265] *Zeitliche, räumliche und inhaltliche Grenzlinien sind nicht identifizierbar.*[1266] Verfassungsrechtliche Garantien werden nicht nur für das Management von Risiken umgebaut, sondern auch zum Zwecke rechtlicher und physischer Exklusion. *Feindliche Risiken* bzw. *riskante Feinde* werden konstruiert: Der ‚Gefährder‘ als Adressat der Sicherungsverwahrung oder der akustischen Wohnraumüberwachung ist zugleich eine gefürchtete ‚Gefahr‘, ein konstruiertes ‚Risiko‘, eine zu beherrschende ‚Gefährdungslage‘, ein entsubjektivierter entrechtlichter ‚Fremder‘ und besiegter ‚Feind‘. Für Konstruktion und Bekämpfung des ‚Gefährders‘ werden verschiedene Instrumente verwendet. So werden ‚Sicherheitsoppositionen‘ formuliert, ‚Risikoraster‘ angefertigt, ‚Prognosen‘ erstellt, Grundrechtseinschränkungen beschlossen, verfassungswidrige

---

[1262] *Krasmann* 2007b: 85.

[1263] *Vormbaum* 2009: 273.

[1264] „Government action against criminal activity, even when mixed with traditional punitive functions, is increasingly subject to a different constitutional standard because instead of emphasising the goals of public justice, it emphasis the goals of risk management. It is preventive rather than responsive. It seeks not to punish but to exclude those with criminal proclivities. It is directed not at a general public norm but at security within a specialized and functionally defined arena.“ (*Feeley/Simon* 1994: 185).

[1265] Zu Kontinuität und Diffusion von Grenzen siehe *Bigo* (2001), der das Möbiuskonzept auf die innere und äußere Sicherheit von Staaten anwendet. *Opitz* (2008: 204) spricht von „Durchkreuzungen von Unterscheidungen“ im Bereich der Sicherheit, die zwischen zivil/militärisch, zwischen legal/illegal, innerstaatlich/international, innerer/äußerer Sicherheit u.a. nicht unterscheiden lassen und die noch nicht absehen lassen, ob es dabei um eine komplette Erosion oder aber um eine Neuziehung von Grenzen geht.

[1266] Ähnliche Beobachtungen lassen sich im Terrorismusstrafrecht machen. Siehe dazu *Stolle* 2008; *von Denkowski* 2008.

Gesetze für gültig erklärt und unmittelbare Interventionsmöglichkeiten präventiv ausgeweitet.

In der Analyse instrumenteller Gewalt des Rechts von *Walter Benjamin* wird nicht nur die *Gewalttätigkeit*, sondern auch die *polizeiliche* Form des modernen Rechts hervorgehoben. Diese Form ist allerdings nicht nur für die Polizei immanent, sondern, wie die Analyse der Gesetzeskraft von *Jacques Derrida* gezeigt hat, selbst im Recht zu beobachten. Die *Zusammensetzung rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt* zeigt sich auch in den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts, die das ‚Gefährdungsrecht' konstruieren.

Dabei war auch eine *fehlende Distanz* dieses ‚Gefährdungsrechts' festzustellen, das in seiner Anwendung niemals neutral sein kann. Dass dieses *Recht als ein Instrument souveräner Macht* zu verstehen ist, lässt sich anhand der Arbeiten von Michel Foucault nachweisen. Das Recht agiert dennoch auch *nach einer biopolitischen Norm,* die durch gouvernemental regierende und daher eher *diffuse Mechanismen* das gewünschte vom unerwünschten und das harmlose vom riskanten Leben trennt. Nach *Giorgio Agamben* agiert die Logik der *Ausnahme* diesbezüglich als Chiffre, die das Recht zugleich anwendet und aufhebt.

Das ‚Gefährdungsrecht' besteht aus Risikomanagement und Feindverfolgung. Akteure werden also der *Preventive State* und der *Authoritarian State*.[1267] Diese Zusammensetzung als Fusion beider Logiken erscheint rechtswidrig, weil sie – ohne den Schein zu wahren – jene kritischen immanenten Elemente des Strafrechtsdiskurses explizit offenbart.

Die unbegrenzte Stärke eines ‚Gefährdungsrechts' und die in diesem gegenüber dem Recht stark abgeschwächte Figur des ‚Gefährders' sind Gründe, um sie als unerwünschte Konstruktionen des Strafrechtsdiskurses einzustufen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern sich ein Strafrechtsdiskurs, der die Dispositiven akustischer Wohnraumüberwachung und nachträglicher Sicherungsverwahrung konstruiert und ermöglicht, überhaupt einschränken lässt.[1268]

Da die vorgenannte Ausdruckform des Rechts aktuell nicht neu, sondern vielmehr ungewöhnlich sichtbar erscheint, kann man davon ausgehen, dass, solange Recht existiert und insbesondere solange darin ein *Strafrecht* besteht, die Entwicklung eines ‚Gefährdungsrechts' stets latent möglich bleibt. In zwei Dispositiven hat sich diese Entwicklung manifestiert und konnte in der vorliegenden Studie ausführlich analysiert werden. Die Möglichkeit dieses ‚Ge-

---

[1267] Diese Bezeichnungen gehen auf den Text von *Ashworth* und *Zedner* zurück, die beide Entwicklungen im Strafrecht mit „running in parallel" beschreiben (*Ashworth/Zedner* 2008: 42).

[1268] Die gegenwärtige Einschränkung der nachträglichen Sicherungsverwahrung ist nicht aus dem Strafrechtsdiskurs, sondern aus dem Diskurs der Menschenrechte entstanden (siehe *supra* FN 432 und Haupttext).

fährdungsrechts‘ ist dem Strafrechtsdiskurs immanent. Freilich erscheint dies ein nahezu selbstverständlicher Ausdruck des Rechtsdiskurses und der Rechtsstruktur zu sein. Aufgrund der Ergebnisse, die sich aus den früheren Überlegungen ergeben, kann darüber hinaus festgestellt werden, dass einige Maßstäbe, die bislang Grenzen bzw. Tabus innerhalb des Rechts waren, kein effektives Hindernis für die Entstehung eines ‚Gefährdungsrechts‘ sind und dass diese dazu noch kontraproduktiv erscheinen, wenn sie verhindern, die Ernsthaftigkeit der Situation angemessen einzuschätzen.

In diesem Zusammenhang könnten hier drei Thesen zur Diskussion gestellt werden:

i. Die Maskierung eines gewalttätigen Charakters des Rechts und so auch des Strafrechts bewirkt eine erhöhte Gewalttätigkeit, was u.a. in dem ‚Gefährdungsrecht‘ sichtbar wird. Die Maskierung mikrophysischer unmittelbarer Gewalt des Rechts fördert die Konstruktion von immer weitergehenden Interventionsdispositiven und die Konstruktion von immer diffuseren ‚Gefährdern‘.

ii. Die Konstruktion eines Strafrechts, das ausschließlich als Instrument zur Schaffung eines „Allgemeinwohls“ oder zur Schaffung ‚allgemeinen Sicherheit‘ dient, ist ein Moment der Entgrenzung, da ein derartiges Recht jegliche verfassungsrechtlichen bzw. strafprozessualen Grenzen aufhebt und dadurch das Allgemeinwohl im Endeffekt gefährdet und Sicherheit verhindert. Ein Strafrecht, das sich keinen Beschränkungen beugt, kann so zu einem ‚Gefährdungsrecht‘ werden – wie hier herausgearbeitet wurde –: diffus und angreifend.

iii. Der Zugriff auf das Rechtsstaatskonzept verhindert nicht zwingend die Konstruktion eines ‚Gefährdungsrechts‘ und schafft keine Garantien für die Adressaten dieses Rechts, also die ‚Gefährder‘. Eine verfassungsrechtliche Überprüfung der Rechtsstaatlichkeit von Gesetzen verhindert auch weder die Konstruktion des ‚Gefährders‘ noch die Verabschiedung des ‚Gefährdungsrechts‘. Die *Rechtsform* eines Rechts bedeutet nicht unbedingt seine Rechtsstaatlichkeit, die wiederum nicht unbedingt seine Grenzen impliziert.

Schließlich wurden zu diesen Thesen drei Stufen der Kritik dargelegt, die als Anstoß für weitere Untersuchungen des gegenwärtigen Strafrechts und seiner Figuren gelten mögen.

i. Das Strafrecht ist strukturell gewalttätig, ebenso wie die Diskurse, die es immer wieder neu konstruieren und materialisieren. Die Anerkennung solcher Gewalt könnte bewirken, dass jede einzelne rechtliche Entscheidung, jedes einzelne Gesetz, jedes einzelne bundesverfassungsrechtliche Urteil diese Gewalttätigkeit offen zum Ausdruck bringt, ohne euphemistische leere Formen und Formeln anzuwenden. Es wäre nicht länger notwendig, sich einer

Ausnahmerhetorik zu bedienen, sobald das Recht zur offenen angreifenden Intervention gerufen wird. Die Anerkennung, dass Recht und Gewalt nicht voneinander zu trennen sind und zugleich weit entfernt jeder Gerechtigkeit liegen, würde den Weg für eine Infragestellung des weiten Rechtsinstrumentariums und seiner Ausschließungslogiken ebnen. Es ist zu vermuten, dass die Konstruktion des ‚Gefährdungsrechts' vor diesem Hintergrund zurückhaltender ausfallen würde.

ii. Die ‚Sicherheit' für das ‚Gemeinwohl' als Zweck des Strafrechts drückt Versprechen aus, die vom Strafrecht nicht erfüllbar sind. Diffuse und schwerlich erreichbare Zwecke im Strafrecht führen zur Konstruktion des ‚Gefährdungsrechts'. Das Recht bleibt Strafrecht, wenn die Ziele möglichst genau, bestimmt und gezielt formuliert werden und wenn die dazu eingesetzten Mittel tatsächlich verhältnismäßig sind. Dieses begrenzte Recht verliert zwar nicht seine Gewalttätigkeit, diese bleibt jedoch zumindest begrenzt.

iii. Eine Überschätzung und überdies eine Idealisierung der Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Interpret rechtsstaatlicher Prinzipien, die in der Verfassung verankert sind, sind zu vermeiden. In einer doppelten Funktion als rechtssetzende und rechtserhaltende Instanz übt das Bundesverfassungsgericht eine Gewalt aus, die zugleich rechtlich und politisch verankert ist. Mit jedem Urteil *schreibt* das Bundesverfassungsgericht die Verfassung neu und konstituiert sich selbst damit aufs Neue. Selbiges geschieht mit rechtsstaatlichen Prinzipien, die nur vom Bundesverfassungsgericht eine autorisierte Interpretation erhalten. Als rechtliches Organ sorgt das Bundesverfassungsgericht für die Ausgestaltung der Formen des Rechts; als politisches Organ sorgt es für die (bio-)politische Erhaltung staatlicher Institutionen und ihrer Legitimität. Rechtsstaatliche Prinzipien unterliegen daher einer Veränderung, die, wie in dieser Arbeit herausgearbeitet werden konnte, zunächst unbemerkt bleiben, aber mithilfe der Diskursanalyse in einem völlig anderen Licht erscheinen. Rechtsstaatliche Prinzipien führen daher nicht zwingend zu einer Begrenzung der Gewalt durch Recht. Wenn man aber die Gewalt des Rechts im konkreten Fall anerkennt, Ziele des Rechts möglichst weit bestimmt und verhältnismäßigere Mittel einsetzt, wird die Fusion von Risikomanagement mit Feindverfolgung als rechtliche Rationalität definitiv verhindert.

‚Gefährder' und ‚Gefährdungsrecht' sind Konstrukte, die als Äußerungen des modernen Rechts zu lesen sind. Dass sie intensiver spürbar und sichtbarer geworden sind als traditionelle ‚Verbrecher' und traditionelles Strafrecht, war vielleicht notwendig. Denn hierdurch wurde zumindest ermöglicht, die Logik des Rechts sowie seine Figuren zu betrachten und gegen ihre unerwünschten Facetten Widerstand zu leisten.

Literatur

Agamben, Giorgio 2002: *Homo Sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Agamben, Giorgio 2004: *Ausnahmezustand*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Agamben, Giorgio 2006: *Mittel ohne Zweck*, Zürich Berlin: diaphanes

Akka, Abbosoufiane/Böhm, María Laura/Ostermeier, Lars/Pelzer, Robert 2006: Von der Kriminalisierung zur Securitisierung: Wandel von Kontrolle und seine Folgen für die Kriminologie, in: Ostermann, Juleka/Salome Henrich, Rebekka/Kesoglou, Veronika (Hrsg.): *Praxis, Forschung, Kooperation. Gegenwärtige Tendenzen in der Kriminologie*, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 253-263

Albrecht, Günter 2001: Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität, in: Albrecht, Günter/Backes, Otto/Kühnel, Wolfgang (Hrsg.): *Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 9-67

Albrecht, Hans-Jörg 2001: Immigration, Kriminalität und Innere Sicherheit, in: Albrecht, Günter/Backes, Otto/Kühnel, Wolfgang (Hrsg.): *Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 259-281

Albrecht, Peter-Alexis 2003: Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte, in: *Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat.* Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin in Kooperation mit der Humanistischen Union e.V. am 26.März 2003 in Berlin, hrsg. v. Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin, 9-18

Alff, Wilhelm 1966: *Zur Einführung in Beccarias Leben und Denken*, Frankfurt a.M.: Insel Verlag

Althoff, Martina/Leppelt, Monika 1995: *„Kriminalität" –eine diskursive Praxis. Foucaults Anstösse für eine Kritische Kriminologie*, Münster/Hamburg: Lit

Andriopoulos, Stefan 1996: *Unfall und Verbrechen. Konfigurationen zwischen juristischem und literarischem Diskurs um 1900*, Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft

Angermüller, Johannes 2001: Diskursanalyse: Strömungen, Tendenzen, Perspektiven. Eine Einführung, in: Angermüller, Johannes/Bunzmann, Katharina/Nonhoff, Martin (Hrsg.): *Diskursanalyse: Theorien, Methoden, Anwendungen*, Hamburg: Argument, 7-22

Anitua, Gabriel Ignacio 2005: *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires: Editores del Puerto

Aponte, Alejandro 2004: *Krieg und Feindstrafrecht. Überlegungen zum „effizienten" Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden: Nomos

Aponte, Alejandro 2006: Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* -HHRS- Aug./Sept. 2006, Heft 8/9, 297-303

Appel, Ivo 1998: *Verfassung und Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot

Archangelskij, Alexander 2005: *Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag

Arendt, Hannah 1962: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*; Frankfurt a.M.: Europäischer Verlagsanstalt

Arnold, Jörg 2004: Der Einfluss des BVerfG auf das nationale Straf- und Strafverfahrensrecht (Teil I), in: *StraFo* 12/2004, 402-407

Arnold, Jörg 2005: Der Einfluss des BVerfG auf das nationale Straf- und Strafverfahrensrecht (Teil II), in: *StraFo* 1/2005, 2-9

Arnold, Jörg 2006: Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* -HHRS- Aug./Sept. 2006, 303-315

Aschrott, Paul Felix 1910: Strafen, Sichernde Maßnahmen, Schadenersatz, in: von Liszt, Franz/Aschrott, Paul Felix (Hrsg.): *Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs. Kritische Besprechung des Vorentwurfs zu einem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich unter vergleichender Berücksichtigung des österreichischen und schweizerischen Vorentwurfs*, B.I (Allgemeiner Teil), Berlin: Guttentag, 66-178

Ashworth, Andrew/Zedner, Lucia 2008: Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions, in: *Criminal Law and Philosophie* 2, 21-51

Baker, Tom 2002: Liability and Insurance after September 11th: Embracing Risk Meets the Precautionary Principle, University of Connecticut School of Law, Articles and Working Papers

Baldus, Manfred 2008: Freiheitssicherung durch den Rechtsstaat des Grundgesetzes, in: Huster, Stefan/Rudolph, Karsten (Hrsg.): *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 107-120

Baratta, Alessandro 1986: *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, México: Siglo XXI

Bauer-Kirsch, Angela 2002: Wer formuliert, hat die Macht. Zu Außenwahrnehmung und Selbstverständnis des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee, in: Depenheuer, Otto et al. (Hrsg.): *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, Berlin: Duncker & Humblot, 229-256

Bauman, Zygmunt 1995: *Moderne und Ambivalenz. Das Ende der Eindeutigkeit*, Frankfurt am Main: Fischer

Bauman, Zygmunt 1999: *In Search of Politics*, Oxford: Polity Press

Beccaria, Cesare, 1990 [1764]: *Über Verbrechen und Strafen*, Aalen: Scientia-Verlag

Beck, Ulrich 1986: *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Beck, Ulrich 1988: *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Beck, Ulrich 2000: Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes, in: Adam, Barbara/Beck, Ulrich/Van Loon, Joost (Hrsg.): *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*, London [u.a.]: Sage, 2000, 211-229

Becker, Gary 1968: Crime and Punishment: An Economic Approach, in: *Journal of Political Economy* 76 (January/February), 169-217

Becker, Howard 1963: *Outsiders: Studies in the sociology of deviance*, New York [u.a.]: Free Press of Glencoe

Becker, Howard 1967: Whose Side Are We On?, in: *Social Problems* 14(3), 239-247

Becker, Howard 1974: Labelling Theory Revisited, in: Rock, Paul /McIntosh, Mary (Hrsg.): *Deviance and social control*, London: Tavistock (British Sociological Association), 41-66

Beckett, Katherine 1997: *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, New York: OUP

Beirne, Piers 1987: Adolphe Quetelet and the Origins of Positivist Criminology, in: *American Journal of Sociology* 92(5) (March 1987), 1140-1169 (auch in Beirne 1994)

Beirne, Piers 1991: Inventing Criminology: The 'Science of Man' in Cesare Beccaria's Die Delitti e delle Pene (1764) (Vortrag am jährlichen Treffen der American Society of Criminology, Baltimore, Maryland, November 1990), in: *Criminology* 29(4) (auch in Beirne 1994)

Beirne, Piers 1994, *The Origins and Growth of Criminology: Essays on Intellectual History, 1760 – 1945*, Aldershot, Hants, England [u.a.]: Dartmouth.

Beke-Bramkamp, Ralf 1992: *Die Drogenpolitik der USA, 1969-1990*, Baden-Baden: Nomos

Belfiore, Elio R. 2005: *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti Costituzionali italiana e tedesca*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore

Bender, Soledad 2007: *Die nachträgliche Sicherungsverwahrung*, Frankfurt a.M.: Peter Lang

Benjamin, Walter 1965 [1921], Zur Kritik der Gewalt, in: ders., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 29-65

Benjamin, Walter 1965a [1939/1940], Geschichtsphilosophische Thesen, in: ders., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 78-94

Bennett, William J./DiIulio, John/Walters, John P. 1996: *Body Count: Moral Poverty and How to Win America´s War Against Crime and Drugs*, New York: Simon and Schuster

Benveniste, Emile 1971: *Problems in General Linguistics*, Florida: University of Miami Press (1.Aufl. fr. 1966)

Bielefeldt, Heiner 1993: *Wiedergewinnung des Politischen. Eine Einführung in Hannah Arendts politisches Denken*, Würzburg: Königshausen und Neumann

Bigo, Didier 2001: Internal and External Security(ies): The Möbius Ribbon, in: Albert, Mathias/Jacobson, David/Lapid, Yosef (Hrsg.): *Identities, Borders and Orders*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 91-136

Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2004: Wie werden in Deutschland die Grundrechte im Verfassungsrecht interpretiert?, in: *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 598-603

Böhm, María Laura 2006: *Sicherheit und Freiheit in biopolitischer Perspektive. Zur Kriminalpolitik der Gegenwart*, unveröffentliche Diplomarbeit im Aufbaustudium Kriminologie (Universität Hamburg, Institut für Kriminologische Sozialforschung)

Böhm, María Laura 2007: Komplementäre Kriminalpolitiken, in: *Kriminologisches Journal*, 9. Beiheft, 168-183

Böhm, María Laura 2007a: Between Biopolitical Security and Governmental Freedom: The Global Crime Policy Beyond the State and the Law, Paper präsentiert auf dem Workshop Security, Technologies of Risk, and the Political II, CASE, Keele University, 8./9. November 2007

Böhm, María Laura/Gutiérrez, Mariano H. 2007: Introducción, in: ders./ders. (Hrsg.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, V-XXXI

Bohnert, Cornelia 1992: *Zu Straftheorie und Staatsverständnis im Schulenstreit der Jahrhundertwende*, Pfaffenweiler: Centaurus

Böllinger, Lorenz/Pollähne, Helmut 2010: Nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung - § 66 b, in: *StGB – Nomos Kommentar*, Band 1, 3. Aufl., 2151-2160

Bonger, William 1936: *An Introduction to Criminology*, London: Methuen & Sons.

Bonger, William 1967 [1916]: *Criminality and Economic Conditions*, New York: Agathon Press

Boyne, Roy 1990: *Foucault and Derrida. The Other Side of Reason*, London: Unwin Hyman

Braithwaite, John 2003: What's Wrong with the Sociology of Punishment?, in: *Theoretical Criminology* 7(1), 5-28

Braum, Stefan 2004: Nachträgliche Sicherungsverwahrung: In dubio pro securitate?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 105-107

Brotherton, David 2007: Newyorkinos al exilio, in: Böhm, María Laura/Gutiérrez, Mariano H. (Hrsg.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 267-286

Brown, Beverly/Cousins, Mark 1980: The Linguistic Fault: The Case of Foucault's Archaeology, in: *Economy and Society*, Aug 1980, 9(3), 251-278

Brugger, Winfried/Gusy, Christoph 2004: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: Die Staatslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung; Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Hamburgo vom 1. bis 4. Oktober 2003 (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Band 63), Berlin : De Gruyter Recht, 101-213

Brunkhorst, Hauke 2006: Folter, Würde und repressiver Liberalismus, in: Beestermöller, Gerhard/Brunkhorst, Hauke (Hrsg.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, München: C.H. Beck, 88-100

Bublitz, Hannelore 1999: Diskursanalyse als Gesellschafts-»Theorie«. »Diagnostik« historischer Praktiken am Beispiel der »Kulturkrisen«-Semantik und der Geschlechterordnung um die Jahrhundertwende, in: ders. et al. (Hrsg.): *Das Wuchern der Diskurse. Perspektiven der Diskursanalyse Foucaults*, Frankfurt/New York: Campus, 22-48

Bublitz, Hannelore/Bührmann, Andrea 1998: Einleitung, in: Bublitz, Hannelore (Hrsg.): *Das Geschlecht der Moderne – Zur Genealogie und Archäologie der Geschlechterdifferenz*, Frankfurt a.M./New York: Campus Verlag, 9-25

Bublitz, Hannelore/Bührmann, Andrea/Hanke, Christine/Seier, Andrea 1999: Diskursanalyse –(k)eine Methode? Eine Einleitung, in: Bublitz, Hannelore et al. (Hrsg.): *Das Wuchern der Diskurse. Perspektiven der Diskursanalyse Foucaults*, Frankfurt/New York: Campus, 10-21

Buckel, Sonia/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hrsg.) 2006: *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart: Lucius & Lucius

Bührmann, Andrea D. 1999: Der Diskurs als Diskursgegenstand im Horizont der kritischen Ontologie der Gegenwart, in: Bublitz, Hannelore et al. (Hrsg.): *Das Wuchern der Diskurse. Perspektiven der Diskursanalyse Foucaults*, Frankfurt/New York: Campus, 49-62

Buermeyer, Ulf 2007: Die ‚Online-Durchsuchung'. Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* -HHRS- Heft 4/2007, 154-166

Butler, Judith 1995: *Körper von Gewicht. Die diskursiven Grenzen des Geschlechts*, Berlin: Berlin Verlag

Butler, Judith 2005: Unbegrenzte Haft, in: ders.: *Gefährdetes Leben. Politische Essays*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Butler, Judith 2007: Kritik, Zwang und das heilige Leben in Walter Benjamins ‚Zur Kritik der Gewalt', in: Krasmann, Susanne/Martschukat, Jürgen (Hrsg.): *Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Bielefeld: Transcript, 19-46

Buzan, Barry/Waever, Ole/de Wilde, Jaap 1998: *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, CO: Lynne Riener

Calliess, Christian 2003: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1096-1105

C. A. S. E. Collective 2006: Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, in: *Security Dialogue* 37(4), 443-487

Cancio Meliá, Manuel 2003: Derecho Penal del Enemigo?, in: Jakobs, Günther/Cancio Meliá, Manuel: *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas

Cancio Meliá, Manuel/Gómez-Jara Díez, Carlos (Hrsg.) 2006: *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2 Bände, Madrid/Montevideo: Edisofer und B. de F.

Carmignani, Giovanni 1831: *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Bd. I, Pisa: Nistri

Castel, Robert 1983: Von der Gefährlichkeit zum Risiko, in: Wambach, Manfred M. (Hrsg.): *Der Mensch als Risiko*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 51-74

Cattaneo, Mario 1981: *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milan: Giuffrè

Chevallier, Jean-Jacques 1980: *Los grandes textos políticos. Desde Maquiavelo a nuestros días*, Madrid: Aguilar

Christie, Nils 1982: *Limits to Pain*, Oxford: M. Robertson

Christie, Nils 1986: Suitable Enemy, in: Bianchi, Herman/van Swaaningen, René (Hrsg.): *Abolitionism: Towards a Non-reppresive Approach to Crime*, Amsterdam: Free University Press, 42-54

Christie, Nils/Bruun, Kettil 1991: *Der Nuetzliche Feind: Die Drogenpolitik und ihre Nutzniesser*, Bielefeld: AJZ Verlag

Clarke, Ronald 2000: Situational Prevention, Criminology, and Social Values, in: von Hirsch, Andrew/Garland, David/Wakefield, Alison (Hrsg.): *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford/Oregon: Hart Publishing, 97-112

Cobler, Sebastian 1976: *Die Gefahr geht von den Menschen aus. Der vorverlegte Staatsschutz*, Berlin: Rotbuch

Cohen, Albert 1955: *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, Glencoe, Illinois: Free Press

Cohen, Albert 1966: *Deviance and Control*, Englewood Cliffs, NJ [u.a.]: Prentice Hall

Cohen, Stanley 1980: *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*, New York : St. Martins's Pr.

Cole, David 2002: Enemy Aliens, in: *Stanford Law Review* 54, 954-1004

Cole, David 2006: Deren Freiheit, unsere Sicherheit. Bürger und Nichtbürger nach dem 11. September 2001, in: Uwer 2006, 165-193

Connolly, William E. 2004: The Complexity of Sovereignty, in: Edkins, Jenny/Pin- Fat, Véronique/Shapiro, Michale J. (Hrsg.): *Sovereign Lives. Power in Global Politics*, New York/London: Routledge, 23-41

Cornell, Drucilla 1994: Vom Leuchtturm her: Das Erlösungsversprechen und die Möglichkeit der Auslegung des Rechts, in: Haverkamp, Anselm (Hrsg.), *Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 60-96

Cornish, Derek B./Clarke, Ronald (Hrsg.) 1986: *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, New York: Springer-Verlag

Cover, Robert 1986: Violence and the Word, in: *Yale Law Review* 95, 1601-1629

Crawford, Adam 2000: Situational Crime Prevention, Urban Governance and Trust Relations, in: von Hirsch, Andrew/Garland, David/Wakefield, Alison (Hrsg.): *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford and Oregon: Hart Publishing, 193-213

Cremer-Schäfer, Helga 1995: Einsortieren und Aussortieren: Zur Funktion der Strafe bei der Verwaltung der sozialen Ausschließung, in: *Kriminologisches Journal* 27, 89-119

Cremer-Schäfer, Helga/Steinert, Heinz 2000: Soziale Ausschließung und Ausschließungs-Theorien: Schwierige Verhältnisse, in: Peters, Helge

(Hrgs.): *Soziale Kontrolle. Zum Problem der Normkonformität in der Gesellschaft*, Opladen: Leske + Budrich, 43-64

Darwin, Charles 1986 [1859]: *The Origin of Species*, Oxford [u.a.]: Oxford University Press

Dean, Mitchell 1998: Risk, Calculable and Incalculable, in: *Soziale Welt* 49, 25-42

Dean, Mitchell 2001: Demonic Societies: Liberialism, Biopolitics and Sovereignty, in: Hansen, Thomas B./Stepputat, Finn (Hrsg.): *States of Imagination*, Durham: Duke University Press, 41-64

Defert, Daniel 1991: Popular life and insurance technology, in: Burchell, Graham/Gordon, Colin/Miller, Peter (Hrsg.): *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: CUP, 211-234

Dencker, Friedrich 1994: Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren, in: *Strafverteidiger* 12/94, 667-683

Denkowski, Charles von 2007: Einstufung als (islamistische) Gefährder und (heimliche) Folgeeingriffe, in: *Kriminalistik* 5/2007, 325-332

Denkowski, Charles von 2008: Das BKA im Wandel: Einst Zentralstelle, bald Bundeskriminalpolizei im Vorfeld terroristischer Gefahren – die Große Koalition leitet einen Paradigmenwechsel ein, in: *Neue Kriminalpolitik* 3/2008, 82-87

Denninger, Erhard 2004: Verfassungsrechtliche Grenzen des Lauschens. Der ‚große Lauschangriff' auf dem Prüfstand der Verfassung, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 4/2004, 101-104

Denninger, Erhard 2004a: Der ‚große Lauschangriff' auf dem Prüfstand der Verfassung (erweit. Fassung von Denninger 2004), in: Roggan, Fredrik (Hrsg.): *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Lisken*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 13-24

Denninger, Erhard 2008: Prävention und Freiheit. Von der Ordnung der Freiheit, in: Huster, Stefan/Rudolph, Karsten (Hrsg.): *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 85-106

Depenheuer, Otto 2007: *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*, Paderborn: Ferdinand Schöningh

Depenheuer, Otto/Heintzen, Markus/Jestaedt, Matthias/Axer, Peter 2002: Widmung an Josef Isensee, in: ders. et al.: *Nomos und Ethos. Hommage*

an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern, Berlin: Duncker & Humblot

Derrida, Jacques 1972: Freud und der Schauplatz der Schrift, in: ders.: *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 302-350

Derrida, Jacques 1972a: Cogito und Geschichte des Wahnsinns, in: ders.: *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 53-100

Derrida, Jacques 1972b: Die Struktur, das Zeichen und das Spiel im Diskurs der Wissenschaften vom Menschen, in: ders.: *Die Schrift und die Differenz*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 422-442

Derrida, Jacques 1975: Semiologie und Grammatologie. Ein Interview von Julia Kristeva, in: Brütting, Richard/Zimmermann, Bernhard (Hrsg.): *Theorie – Literatur – Praxis. Arbeitsbuch zur Literaturtheorie seit 1970*, Frankfurt a.M.: Akademische Verlagsgesellschaft Athenaion, 144-164

Derrida, Jacques 1976: Die Différance, in: ders.: *Randgänge der Philosophie*, Frankfurt [u.a.]: Ullstein, 6-37

Derrida, Jacques 1991: *Gesetzeskraft. Der ‚mystische Grund der Autorität'*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Derrida, Jacques 2006: Autoimmunisierungen, wirkliche und symbolische Selbstmorde. Ein Gespräch mit Jacques Derrida, in: Habermas, Jürgen/Derrida, Jacques: *Philosophie in Zeiten des Terrors. Zwei Gespräche, geführt, eingeleitet und kommentiert von Giovanna Borradori*, Hamburg: Europäische Verlagsanstalt, 117-178

Derrida, Jacques 2006a: Das Recht des Stärkeren (Gibt es Schurkenstaaten?), in: ders., *Schurken. Zwei Essays über die Vernunft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 15-158

Dessecker, Axel 2004: *Gefährlichkeit und Verhältnismäßigkeit. Eine Untersuchung zum Maßregelrecht*, Berlin: Duncker & Humblot

Devlin, Patrick 1958: *The Criminal Prosecution in England*, New Haven: Yale University Press

Di Fabio, Udo 1994: *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Tübingen: J.C.B. Mohr

Donini, Massimo 2007: Diritto penale di lotta vs. diritto penale del nemico, in: Gamberini, Alessandro/Orlandi, Renzo (Hrsg.): *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna: Monduzzi Editore, 131-178

Donnelly, Michael 1995: Sobre los Diversos usos de la noción de Biopoder, in: AA.VV., *Michel Foucault, Filósofo*, Barcelona: Gedisa Editorial, 193-197

Donzelot, Jacques 1979: The poverty of political culture, in: *Ideology and Consciousness* 5, 71-86

Donzelot, Jacques 1995: Wiederkehr des Sozialen. Von der passiven Sicherheit zur aktiven Solidarität, in: *Tüte-Sonderbeilage*: Wissen und Macht. Die Krise des Regierens, Tübingen, 54-59

Dosse, Francis 1997: *Geschichte des Strukturalismus. Band 2: Die Zeichen der Zeit, 1967-1991*, Hamburg: Junius Verlag

Douglas, Mary 1966: *Purity and Danger: An Analysis of Concepts of Pollution and Taboo*, New York: Praeger

Douglas, Mary 1992: *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London/New York: Routledge

Douglas, Mary/Wildavsky, Aaron 1982: *Risk and Culture: an Essay on the Selection of Technical and Environmental Dangers*, Berkeley: University of California Press

Downes, David M. 1988: *Contrasts in Tolerance: Post-war Penal Policy in the Netherlands and England and Wales*, Oxford: Clarendon Press

Durkheim, Émile 1992 [1893]: *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Ericson, Richard V./Doyle, Aaron 2004: *Uncertain Business: Risk, Insurance and the Limits of Knowledge*, Toronto: Universitiy of Toronto Press

Ericson, Richard V./Doyle, Aaron 2004a: Catastrophe Risk, Insurance and Terrorism, in: *Economy and Society* 33(2), 135-173

Ericson, Richard V./Haggerty, Kevin 2001: *Policing the Risk Society*, Oxford: OUP

Erikson, Kai 1962: Notes on the sociology of deviance, in: *Social Problems*, Vol. 9, Nr.4, 307-314

Eser, Albin 2000: Schlussbetrachtungen, in: ders./Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, 437-448

Etzel, Matthias 1992: *Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945-1948)*, Tübingen: Mohr

Evers, Adalbert 1989: Risiko und Individualisierung – Was in Ulrich Becks ‚Risikogesellschaft' unbegriffenbleibt, in: *Kommune Heft* 6/1989, 33-49

Evers, Adalbert/Nowotny, Helga 1987: *Über den Umgang mit Unsicherheit – Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp

Ewald, François 1986: *L'Etat providence*, Paris : Grasset, 1986

Ewald, François 1989: Die Versicherungs-Gesellschaft, in: *Kritische Justiz* 22, 385-393

Ewald, François 1991: Insurance and Risks, in: Burchell, Graham/Gordon, Colin/Miller, Peter (Hrsg.): *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: CUP, 197-210

Feeley, Malcolm/Simon, Jonathan 1992: The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, in: *Criminology* 30, 449-474

Feeley, Malcolm/Simon, Jonathan 1994: Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law, in: Nelken, David (Hrsg.): *The Futures of Criminology*, London [u.a.]: Thousand Oaks, 173-201

Fernández Steinko, Armando 2008: *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Madrid: Catarata

Ferrajoli, Luigi 2004: *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma/Bari: Laterza

Ferri, Enrico 1896: *Das Verbrechen als soziale Erscheinung: Grundzüge der Kriminal-Sociologie*, Leipzig: Georg H. Wigand's Verlag

Ferri, Enrico 1968: *The positive school of criminology. Three lectures by Enrico Ferri* (ed. with and introduction by Stanley E. Grupp), [Pittsburgh]: University of Pittsburgh Press

Finger, Catrin 2008: *Vorbehaltene und Nachträgliche Sicherheitsverwahrung. Zur Rechtsmäßigkeit von § 66a und 66b StGB. Zugleich eine Darstellung des Umgangs mit gefährlichen Rückfalltätern in den Niederlanden*, Baden-Baden: Nomos

Folkers, Horst 1979: Zum Begriff der Gewalt bei Kant und Benjamin, in: Figal, Günter/Folkers, Horst: *Zur Theorie der Gewalt und Gewaltlosigkeit bei Walter Benjamin*, Heidelberg: Forschungsstätte der Evangelischen Studiengemeinschaft, 25-57

Foucault, Michel 1974: Vorrede zur Überschreitung, in: ders.: *Von der Subversion des Wissens*, München: Carl Hanser Verlag, 32-53

Foucault, Michel 1977: *Überwachen und Strafen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp (orig. fr. 1975)

Foucault, Michel 1977a: *Sexualität und Wahrheit. Der Wille zum Wissen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp (orig. fr. 1976)

Foucault, Michel 1978: Wahrheit und Macht, in: ders.: *Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Berlin: Merve Verlag, 21-54 (orig. fr. 1977)

Foucault, Michel 1978a: Nein zum König Sex, in: ders.: *Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Berlin: Merve Verlag, 176-198 (orig. fr. 1977)

Foucault, Michel 1978b: Ein Spiel um die Psychoanalyse. Gespräch mit Angehörigen des Department de Psychoanalyse der Universität Paris/Vincennes, ders.: *Dispositive der Macht. Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Berlin: Merve Verlag, 118-175

Foucault, Michel 1987: Das Subjekt und die Macht, in: Dreyfus, Hubert L./Rabinow, Paul: *Jenseits von Strukturalismus und Hermeneutik*, Frankfurt a.M.: athenäum, 241-261 (orig. fr. 1982)

Foucault, Michel 1988: *La arqueología del Saber*, México: Siglo XXI

Foucault, Michel 1991: Nuevo Orden interior y Control Social, in: ders.: *Saber y Verdad*, Madrid: La Piqueta, 1991, 163-166 (Teilnahme an der Universität Vincennes, orig. veröffentlicht in El Viejo Topo, extra Nr. 7, 1978, 5-7)

Foucault, Michel 1992: *Was ist Kritik?*, Berlin: Merve Verlag (orig. fr. 1991)

Foucault, Michel 1996: *Diskurs und Wahrheit: die Problematisierung der Parrhesia - 6 Vorlesungen gehalten im Herbst 1983 an der Universität Berkeley/Kalifornien*, Berlin: Merve Verlag

Foucault, Michel 1999: *Die Ordnung des Diskurses*, München: Carl Hanser Verlag (orig. fr. 1970)

Foucault, Michel 1999a: *In Verteidigung der Gesellschaft: Vorlesungen am Collège de France (1975/76)*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Foucault, Michel 2001: Antwort auf eine Frage, in: ders.: *Schriften in vier Bänden. Dits et Écrits - Band I 1954-1969*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 859-886 (orig. fr. 1968)

Foucault, Michel 2001a: « Omnes et singulatim »: Towards a Criticism of Political Reason, in *Dits et Écrits II, 1976-1988*, Paris: Gallimard (orig. fr. 1981)

Foucault, Michel 2002a: Erwiderung auf Derrida, in: ders.: *Dits et Écrits. Schriften*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 347-367 (orig. fr. 1972)

Foucault, Michel 2003: *Die Anormalen: Vorlesungen am Collège de France (1974-1975)*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Foucault, Michel 2003a: *Die Wahrheit und die juristischen Formen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp (orig. fr. 1978)

Foucault, Michel 2004: *Geschichte der Gouvernementalität I. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. (Vorlesung am Collége de France 1977/1978)*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Foucault, Michel 2004a: *Geschichte der Gouvernementalität II. Die Geburt der Biopolitik. (Vorlesung am Collége de France 1978/1979)*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Foucault, Michel 2005: Die Maschen der Macht, in: ders.: *Analytik der Macht*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 220-239 (orig. fr. 1976)

Frankenberg, Günter 2005: Kritik des Bekämpfungsrechts, in: *Kritische Justiz*, 370-386

Frankenberg, Günter 2006: Folter, Feindstrafrecht und Sonderpolizeireicht. Anmerkungen zu Phänomenen des Bekämpfungsrechts, in: Beestermöller, Gerhard/Brunkhorst, Hauke (Hrsg.): *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, München: C.H. Beck, 55-68

Frisch, Wolfgang 2009: Konzepte der Strafe und Entwicklungen des Strafrechts in Europa, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 7, 385-405

Funk, Albrecht 1995: Ausgeschlossene und Bürger: Das ambivalente Verhältnis von Rechtsgleichheit und sozialem Ausschluß, in: *Kriminologisches Journal* 27, 243-256

Gaede, Karsten 2006: Deutscher Brechmitteleinsatz menschenrechtswidrig: Begründungsgang und Konsequenzen der Grundsatentscheidung des EGMR im Fall Jalloh, in: *Höchstrichterliche Rechtssprechung Strafrecht* – HRRS- 7, 241-249

Gärditz, Klaus Ferdinand 2006: Gesetzgebungskompetenzfragen der Straftäterunterbringung, in: *Bayerische Verwaltungsblätter*, 231-239

Garland, David 1996, The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, in: *British Journal of Criminology* 36(4), 445-471

Garland, David 1997: 'Governmentality' and The Problem of Crime: Foucault, Criminology, Sociology, in: *Theoretical Criminology* 1(2), 173-214

Garland, David 2000: The New Criminologies of Everyday Life: Routine Activity Theory in Historical and Social Context, in: von Hirsch, Andrew/Garland, David/Wakefield, Alison (Hrsg.): *Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention*, Oxford/Oregon: Hart Publishing, 215-224

Garland, David 2001: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford/New York: Oxford University Press

Garland, David 2003: Die Kultur der 'High-Crimes Societies'. Voraussetzungen einer neuen Politik von 'Law and Order', in: *Soziologie der Kriminalität. Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Sonderheft 43, 36-68

Garland, David 2003a: The Rise of Risk, in: Ericson, Richard V./Doyle, Aaron (Hrsg.): *Risk and Morality*, Toronto: University of Toronto Press

Garofalo, Raffaele 1968 [1914]: *Criminology*, Boston: Little, Brown & Co./Patterson-Smith

Goerdeler, Jochen 2006: Begutachtungen und Prognosen im Jugendstrafrecht, in: *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe* 2, 120-123

Grabenwarter, Christoph 2010: Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland, in: *Juristen Zeitung* 18, 857-869

Graezer, Bernhard H. 1999: *Die Prämissen des Rechtsstaates*, Berlin: Logos

Grimm, Dieter 2002: Gemeinwohl in der Rechtssprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Münkler, Herfried/Fischer, Karsten (Hrsg.): *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht: Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen*, Berlin: Akad.-Verlag, 125-139

Groenemeyer, Axel 2003: Punitivität im Kontext – Globale Konvergenzen der Kriminalpolitik oder Pfadabhängigkeit der Konstruktion abweichenden Verhaltens. Eine Bestandaufnahme, in: *Soziale Probleme, Gesundheit und Sozialpolitik* 3, 51-83

Günther, Klaus 2002: Zwischen Ermächtigung und Disziplinierung. Verantwortung im gegenwärtigen Kapitalismus, in: Honneth, Axel (Hrsg.): *Befreiung aus der Mündigkeit. Paradoxien des gegenwärtigen Kapitalismus*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, 117-139

Gusy, Christoph 2004: Lauschangriff und Grundgesetz, in: *Juristische Schulung* 6, 457-462

Haas, Günter 2004: Der ‚Große Lauschangriff' – klein geschrieben, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 43, 3082-3084

Habermas, Jürgen 1963: Naturrecht und Revolution, in: ders.: *Theorie und Praxis. Sozialphilosophischen Studien*, Darmstadt: Luchterhand, 52-88

Habermas, Jürgen 1992: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Habermas, Jürgen 1996: Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School, in: ders.: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 309-398

Haffke, Bernhard 2005: Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: *Kritische Justiz* 38, 17-35

Haggerty, Kevin D. 2003: From Risk to Precaution: The Rationalities of Personal Crime Prevention, in: Ericson, Richard V./Doyle, Aaron (Hrsg.): *Risk and Morality*, Toronto [u.a.]: University of Toronto Press, 193-214

Haggerty, Kevin D. 2004: Displaced Expertise: Three Constraints on the Policy-Relevance of Criminological Thought, in: *Theoretical Criminology* 8(2), 211-231

Hallsworth, Simon 2000: Rethinking the Punitive Turn. Economies of Excess and the Criminology of the Other, in: *Punishment and Society* 2(2), 145-160

Hallsworth, Simon 2002: The Case for a Postmodern Penality, in: *Theoretical Criminology* 6, 145-163

Hanke, Christine 1999: Kohärenz versus Ereignishaftigkeit?. Ein Experiment im Spannungsfeld der foucaultschen Konzepte »Diskurs« und »Aussage«, in: Bublitz, Hannelore et al. (Hrsg.): *Das Wuchern der Diskurse. Perspektiven der Diskursanalyse Foucaults*, Frankfurt/New York: Campus, 109-118

Hannah-Moffat, Kelly 1999: Moral Agent or Actuarial Subject: Risk and Canadian Women's Imprisonment, in: *Theoretical Criminology* 3(1), 71-94

Hansen, Markus/Pfitzmann, Andreas 2007: Technische Grundlagen von Online-Durchsuchung und -Beschlagnahme, in: *Deutsche Richterzeitung* 8, 225-228

Hassemer, Winfried 2006: Sicherheit durch Strafrecht. Eröffnungsvortrag Strafverteidigertag 24.03.2006, Frankfurt a.M., Paulskirche, in: *Strafverteidiger* 6, 321-332 (die leicht gekürzte Version des Vortrages ist auch unter www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-04/index.php?seite=6 verfügbar).

Haverkamp, Anselm 1994: Ein unabwerfbarer Schatten: Gewalt und Trauer in Benjamins Kritik der Gewalt, in: ders. (Hrsg.): *Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 162-184

Heinrich, Bernd 2009: Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein 'Feindstrafrecht'?, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121, Heft 1, 94-130

Herzog, Felix 2005: Risikogesellschaft, Risikostrafrecht, Risikoregulierung. Über das Strafrecht hinausweisende Perspektiven, in: Neumann, Ulfrid/Prittwitz, Cornelius (Hrsg.): *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, Frankfurt a.M.: Peter Lang, 117-130

Hillyard, Paddy 1993: *Suspect Community. People's Experience of the Prevention of Terrorism Acts in Britain*, Colorado: Pluto Press

Hirseland, Andreas/Schneider, Werner 2001: Wahrheit, Ideologie und Diskurse. Zum Verhältnis von Diskursanalyse und Ideologiekritik, in: Keller, Reiner et al. (Hrsg.): *Handbuch Sozialwissenschaftliche Diskursanalyse*, Opladen: Leske + Budrich, 373-402

Hirsch, Burkhard 2004: Bemerkungen zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts v. 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung), in: Roggan, Fredrik (Hrsg.): *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Lisken*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 87-98

Hobbes, Thomas 1997: Leviathan, in: Flathman, Richard E./Johnston, David (Hrsg.): *Leviathan. Autoritative Text. Backgrounds. Interpretations*, New York/London: Norton & Company, 4-260

Hofmann, Manfred 2005: Die Online-Durchsuchung – staatliches ‚Hacken' oder zulässige Ermittlungsmaßnahme?, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 25.Jahrgang/3, 121-176

Hohenhaus, Jörn 2006: *Die strafprozessuale Observation*, Frankfurt a.M. [u.a.]: Peter Lang

Home Office (MVA/Miller, Joel) 2000: *Profiling Populations Available for Stops and Searchs*, London: Home Office Publications

Hornung, Gerrit 2007: Rechtsgrundlage für den biometrischen Reisepass: Das Gesetz zur Änderung des Passgesetzes und weiterer Vorschriften vom 24. Mai 2007, Internetquelle:

http://subs.emis.de/LNI/Proceedings108/gi-proc-108-014.pdf (abgerufen am 2.06.2009)

Huber, Thomas 2007: *Systemtheorie des Rechts. Die Rechtstheorie Niklas Luhmanns*, Baden-Baden: Nomos

Hudson, Barbara 2001: Punishment, Rights and Difference: Defending Justice in the Risk Society, in: Stenson, Kevin/Sullivan, Robert R. (Hrsg.): *Crime, Risk and Justice. The Politics of Crime Control in Liberal Democracies*, Devon: Willian , 144-172

Hulsman, Louk 1975: Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation, in: *Aspects nouveaux de la pensée juridique: recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, II, Paris: Pedone, 19-33

Hulsman, Louk/Bernat de Celis, Jacqueline 1982: *Peines perdues: le système pénal en question*, Paris: Le Centurion

Husserl, Edmund 1928: *Vorlesungen zur Phänomenologie des inneren Zeitbewusstseins* (hrsg. von Martin Heidegger), Band V, Halle: Niemeyer

Irigaray, Luce 1991: Macht des Diskurses/Unterordnung des Weiblichen in: Barck, Karlheinz et al. (Hrsg.): *Aisthesis. Wahrnehmung heute oder Perspektiven einer anderen Ästhetik*, Leipzig: Reclam Verlag, 123-140

Isensee, Josef 1983: *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York: Walter de Gruyter

Isensee, Josef 1992: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Band V, München: C.F.Müller Juristischer Verlag, 143-241 (§ 111)

Isensee, Josef 2001 (2. Aufl.): *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot

Isensee, Josef 2003: Der Verfassungsstaat als Friedensgarant, in: Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Puhl, Thomas (Hrsg.): *Die Erneuerung des Verfassungsstaats*, Heidelberg: Müller

Jakobs, Günther 1985: Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97, 751-785

Jakobs, Günther 1997: *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, Berlin: Duncker & Humblot

Jakobs, Günther 2000: Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in: Eser, Albin/Hassemer, Winfried/Burkhardt, Björn (Hrsg.): *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende – Rückbesinnung und Ausblick*, München: Beck, S. 47-56

Jakobs, Günther 2004: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* -HHRS-, März 2004, 88-95

Jakobs, Günther 2004a: *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Paderborn: Schöningh

Jakobs, Günther 2005: Brief von Günther Jakobs vom 7. Februar 2005 an den Studierenden des Seminars „Sicherheit und Freiheit IV. Staat und Gesellschaft. Feindstrafrecht und Kriminologie“ unter der Leitung von Prof. Dr. Fritz Sack und Dr. Jürgen Kühling, im Rahmen des Aufbaustudiums Kriminologie der Universität Hamburg

Jakobs, Günther 2006: Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* – HHRS-, Aug./Sept. 2006, Heft 8/9, 289- 297

Jamieson, Ruth 1998: Towards a Criminology of War in Europe, in: Ruggiero, Vincenzo/South, Nigel/Taylor, Ian (Hrsg.): *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London: Routledge, 480-506

Jansing, Jan-David 2004: *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Entwicklungslinien in der Dogmatik der Sicherungsverwahrung*, Münster: Lit

Japp, Klaus P./Kusche, Isabel 2008: Systems Theory and Risk, in: Zinn, Jens O. (Hrsg.): *Social Theories of Risk and Uncertainty - An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 76-105

Jensen, Eric L./Gerber, Jurg/Babcock, Ginna M. 1991: The New War on Drugs: Grass Roots Movement or Political Construction?, in: *Journal of Drug Issues* 21, 651-667

Kant, Immanuel 1977 [1797]: *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp (Tomo VII)

Kant, Immanuel 1995: *Zum ewigen Frieden*, Berlin: Akademie Verlag

Karp, Aaron 1994: The Rise of Black and Grey Markets, in: *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 535, 175-189

Keegan, John 1993: *A History of Warfare*, New York: Knopf

Keller, Reiner et al. 2001: Zur Aktualität sozialwissenschaftlicher Diskursanalyse. Eine Einführung, in: Keller, Reiner et al. (Hrsg.): *Handbuch Sozialwissenschaftliche Diskursanalyse*, Band I, Opladen: Leske + Budrich, 7-27

Kelsen, Hans 2000: *Reine Rechtslehre* [Nachdr. 2. Aufl. 1960], Wien: Verlag Österreich

Kelsen, Hans 2008: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?: Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie* (Hrsg. von Robert Chr. van Ooyen), Tübingen: Mohr Siebeck

Kemper, Martin 2007: Anforderungen und Inhalt der Online-Durchsuchung bei der Verfolgung von Straftaten, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 40.Jahrgang/4, 105-136

Kern, Johannes 1997: *Brauchen wir die Sicherungsverwahrung? – Zur Problematik des § 66 StGB,* Frankfurt a.M.: Peter Lang

Kersting, Wolfgang 1994: *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft

Kindhäuser, Urs 1989: *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann

Kinzig, Jörg 1996: *Sicherungsverwahrung auf dem Prüfstand*, Freiburg i.Br.: iuscrim

Kinzig, Jörg 2004*: Die rechtliche Bewältigung von Erscheinungsformen organisierter Kriminalität*, Berlin: Duncker & Humblot

Kinzig, Jörg 2006: Die Sicherungsverwahrung – von einer vergessenen zu einer boomenden Maßregel, in: Barton, Stephan (Hrsg.): *„…weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Baden-Baden: Nomos, 143-173

Kinzig, Jörg 2008: *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter – Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Duncker & Humblot

Kinzig, Jörg 2010: Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 233-239

Kitsuse, John 1962: Societal Reaction to Deviant Behavior: Problems of Theory and Method, in: *Social Problems* 9, 247-256

Kötter, Matthias 2004: Subjektive Sicherheit, Autonomie und Kontrolle. Eine Analyse der jüngeren Diskurse des Sicherheitsrechts, in: *Der Staat* 43(3), 371-398

Krasmann, Susanne 1995: Simultaneität von Körper und Sprache bei Michel Foucault, in: *Leviathan* 23, 240-262

Krasmann, Susanne 2003: *Die Kriminalität der Gesellschaft. Zur Gouvernementalität der Gegenwart.*, Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft mbH.

Krasmann, Susanne 2007: The Enemy On the Border. Critique of a programme in favour of a preventive state, in: *Punishment & Society* 9(3), 301-318

Krasmann, Susanne 2007a: La seguridad eclosiona. Una perspectiva foucaultiana del 9/11, in: Böhm, María Laura/Gutiérrez, Mariano H. (Hrsg.): *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 3-30

Krasmann, Susanne 2007b: Folter im Ausnahmezustand?, in: ders./Martschukat, Jürgen (Hrsg.), *Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Bielefeld: Transcript, 75-96

Krauth, Stefan 2008: *Die Hirnforschung und der gefährliche Mensch. Über die Gefahren einer Neuauflage der biologischen Kriminologie*, Münster: Westfälisches Dampfboot

Krawietz, Werner 2004: Editorial: Wahrheit und Vernunft versus Recht? Zur Neuen Unübersichtlichkeit von Prinzipien und Prozeduren, in: *Rechtstheorie. Habermas-Sonderheft*, 27. Band, Heft 3 [2. Aufl.], 271-274

Kretschmer, Joachim 1999: *Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung*, Berlin: Duncker & Humblot

Kunz, Karl-Ludwig 2006: Die Sicherung als gefährlich eingestufter Rechtsbrecher: Von der Strategie der Inklusion zur strafrechtlichen Exklusion, in: Barton, Stephan (Hrsg.): *„…weil er für die Allgemeinheit gefährlich ist!“ Prognosegutachten, Neurobiologie, Sicherungsverwahrung*, Baden-Baden: Nomos, 71-86

Kutscha, Martin 2005: Verfassungsrechtlicher Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung – nichts Neues aus Karlsruhe? (Urteilsbesprechung), in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1-2/2005, 20-22

Kutscha, Martin/Roggan, Fredrik 2004: Große Lauschangriffe im Polizeirecht. Konsequenzen des Karlsruher Richterspruchs, in: Roggan, Fredrik (Hrsg.): *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Lisken*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 25-45

Laclau, Ernesto 1990: New Reflections on the Revolution of Our Time, in: ders.: *New Reflections on the Revolution of Our Time*, London: Verso, 3-85

Laclau, Ernesto 1996: *Emancipation(s)*, London/New York: Verso

Laclau, Ernesto 1996a: The Death and Resurrection of the Theory of Ideology, in: *Journal of Political Ideologies*, 1(3), 201-220

Laclau, Ernesto/Mouffe, Chantal 1985: *Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics*, London: The Thetford Press

Laclau, Ernesto/Mouffe, Chantal 1987: Post-Marxism Without Apologies, in: *New Left Review* I/166, 79-106

Lagodny, Otto 1996: *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik – dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung,* Tübingen: Mohr

Landwehr, Achim 2001: *Geschichte des Sagbaren*, Tübingen: diskord

Laubenthal, Klaus 2004: Die Renaissance der Sicherungsverwahrung, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 116, 703-750

Laue, Christian 2010: Die Sicherungsverwahrung auf dem europäischen Prüfstand – zugleich eine Anmerkung zu EGMR, M. vs. Deutschland v. 17.12.2009 – 19359/04, in: *Juristische Rundschau* 5, 198-204

Lehnert, Detlef 1996: Die Weimarer Staatsrechtsdebatte zwischen Legendenbildung und Neubesinnung, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B51/96, 3-14

Lemert, Edwin 1967: *Human Deviance, Social Problems, and Social Control,* Englewood Cliffs, NJ [u.a.]: Prentice Hall

Lemke, Thomas 2002 (3. Aufl.): *Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität*, Hamburg: Argument

Lenk, Kurt 1996: Parlamentarismuskritik im Zeichen politischer Theologie. Carl Schmitts ´Sakralisierung´der Demokratie zum totalen Staat, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B51/96, 15-22

Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine 2004: Rechtsstaat und großer Lauschangriff. Bedeutung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für den Schutz der Freiheitsrechte, in: Roggan, Fredrik (Hrsg.): *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Lisken*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 99-109

Leutheusser-Schnarrenberger, Sabine 2005: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum ‚großen Lauschangriff'. Anmerkung zu §100c StPO und dem Versuch, verfassungsgerichtlich geforderte Überwachungsverbote zu umgehen, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1/2005, 1-3

Lianos, Michalis/Douglas, Mary 2000: Dangerization and the End of Deviance, in: *British Journal of Criminology* 40, 261-278

Lieber, Tobias 2007: *Diskursive Vernunft und formelle Gleichheit*, Tübingen: Mohr Siebeck

Lisken, Hans 1994: Vorfeldeingriffe im Bereich der ‚Organisierten Kriminalität' – Gemeinsame Aufgabe von Verfassungsschutz und Polizei?, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 264

Locke, John 1988 [1690]: *Two Treatises of Government*, Cambridge/New York [u.a.]: Cambridge University Press

Lombroso, Cesare 1887: *Der Verbrecher in anthropologischer, ärztlicher und juristischer Beziehung (in deutscher Bearbeitung von dr. M. O. Fraenkel)*, Hamburg: Verlag von J.F. Richter

Lombroso, Cesare 1902: *Die Ursachen und Bekämpfung des Verbrechens*, Berlin: Hugo Bermühler Verlag

Luhmann, Niklas 1991: *Soziologie des Risikos*, Berlin [u.a.]: de Gruyter

Luhmann, Niklas 1997: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Lupton, Deborah 1999: *Risk*, London/New York: Routledge

Mac Pherson, Crawford B. 1962: *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford: Oxford University Press

Macdonell, Diane 1986: *Theories of Discourse. An Introduction*, Glasgow: Basil Blackwell

Maingueneau, Dominique 1991: *L'Analyse du Discours. Introduction aux lectures de l'archive*, Paris: Hachette

Maitland, Frederic William 1974 [1885]: Justice *and Police,* New York: AMS Press

Makropoulos, Michael 1995: Sicherheit, in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hrsg.): *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 9, Basel: Schwabe, Sp. 745-750

Mannheim, Hermann 1974 (orig. 1965): *Vergleichende Kriminologie*, Bd. I, Stuttgart: Enke

Marsh, James L. 2001: *Unjust Legality. A Critique of Habermas's Philosophy of Law*, Lanham [u.a.]: Rowman & Littlefield Publishers

Maset, Michael 2002: *Diskurs, Macht und Geschichte. Foucaults Analysetechniken und die historische Forschung*, Frankfurt a.M./New York: Campus Verlag

Mathiesen, Thomas 1974: *The Politics of Abolition*, London: Robertson

Matthews, Roger 2002: Crime and Control in Late Modernity, Review Essay, in: *Theoretical Criminology* 6(2), 217-226

Matza, David 1961: Subterranean traditions of youth, in: *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 338, 102-108

Matza, David 1967: *Delinquency and Drift. From the Research Program of the Center for the Study of Law and Society*, University of California, Berkeley, New York: Wiley

Matza, David 1969: *Becoming Deviant*, Englewoods Cliffs, NJ: Prentice Hall

Maurmann, Dorothee 2008: *Rechtsgrundsätze im Völkerrecht am Beispiel des Vorsorgeprinzips*, Baden-Baden: Nomos

Mayer, Hellmuth 1953: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, Stuttgart u.a.: Kohlhammer

McCallum, David 1998: Dangerous Individuals. Government and the Concept of Personality, in: Dean, Mitchell/Hindess, Barry (Hrsg.): *Governing Australia. Studies in Contemporary Rationalities of Government*, 108-124

Melossi, Dario1990: *The State of Social Control. A Sociological Study of Concepts of State and Social Control in the Making of Democracy*, Worcester: Polity Press

Melossi, Dario/Pavarini, Massimo 1981: *The Prison and the Factory: Origins of Penitentiary System*, London: Macmillan

Merkel, Grischa 2010: Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights, in: *German Law Journal* 11(9), 1046-1066

Merton, Robert K. 1938: Social Structure and Anomie, in: *American Sociological Review* 3, 672-682

Merton, Robert K. 1964: Anomie, Anomia and Social Interaction, in: Clinard, Marshall B. (Hrsg.): *Anomie and Deviant Behaviour*, New York: Free Press, 213-242

Merton, Robert K. 1995: Manifeste und latente Funktionen, in: ders.: *Soziologische Theorie und soziale Struktur*, Berlin: de Gruyter, 17-81

Meuter, Günter 1996: Bataille statt Debatte. Zu Carl Schmitts ´Methapysik´ des Politischen und des Liberalen, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B51/96, 23-33

Meuth, Lotte 2006: *Zulässigkeit von Identitätsfeststellungen mittels biometrischer Systeme durch öffentliche Stellen*, Berlin: Duncker & Humblot 1

Meyer-Wieck, Hannes 2005: *Der Große Lauschangriff. Eine empirische Untersuchung zu Anwendung und Folgen des § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO*, Berlin: Duncker & Humblot

Mooney, Jayne/Young, Jock 2007: El Terror tras el terror: después del 9/11, in: Böhm, María Laura/Gutiérrez, Mariano (Hrsg.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 289-316

Morguet, Geraldine Louisa 2009: *Feindstrafrecht – Eine kritische Analyse*, Berlin: Duncker & Humblot

Mozek, Martin 2001: *Der große Lauschangriff – Die Regelung des §100c I Nr.3 StPO im Spannungsfeld zwischen Verbrechensbekämpfung und Verfassungswirklichkeit*, Aachen: Shaker

Müller, Cathrin 2003: *Rechtsgrundlagen und Grenzen zulässiger Maßnahmen bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen*, Baden-Baden: Nomos

Müller, Henning Ernst 2010: Die Sicherungsverwahrung, das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: *Strafverteidiger* 4, 207-212

Müller, Martin 2000: *Der sogenannte „Große Lauschangriff“. Eine Untersuchung zu den Rechtsproblemen der Einführung der elektronischen Wohnraumüberwachung zur Beweismittelgewinnung*, Marburg: Tectum

Mushoff, Tobias 2008: *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt a.M.: Peter Lang

Naucke, Wolfgang 1996: *Kants Kritik der empirischen Rechtslehre*, Stuttgart: Steiner

Naucke, Wolfgang 1998: Die Legitimation strafrechtlicher Normen – durch Verfassungen oder durch überpositive Quellen?, in: Lüderssen, Klaus (Hrsg.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band I: Legitimationen*, Baden-Baden: Nomos

Naylor, R.T., 1995: The Structure and Operation of the Modern Arms Black Market, in Boutwell, Jeffrey/Klare, Michael T./Reed, Laura W.: *Lethal Commerce: The Global Trade in Small Arms and Light Weapons,* Cambridge, Mass.: Committee on International Security Studies, American Academy of Arts and Sciences.

Neal, Andrew 2007: *Exceptionalism and Colonial Law*, Paper präsentiert am Seminar Critical Approaches to Security in Europe III: Emancipation, Resistance and Violence, Odense University, 29. Nov./1. Dez. 2007

Neal, Andrew 2007a: Foucault in Guantánamo. Eine Archäologie des Ausnahmezustands, in: Krasmann, Susanne/Martschukat, Jürgen (Hrsg.): *Rationalitäten der Gewalt. Staatliche Neuordnungen vom 19. bis zum 21. Jahrhundert*, Bielefeld: Transcript, 47-74

Neocleous, Mark 2000: *The Fabrication of Social Order. A Critical Theory of Police Power*, Padstow: Pluto Press

Nogala, Detlef 1995: Was ist eigentlich so privat an der Privatisierung sozialer Kontrolle?, in: Sack, Fritz (Hrsg.): *Privatisierung staatlicher Kontrolle: Befunde, Konzepte, Tendenzen*, Baden-Baden: Nomos, 234-260

Nonhoff, Martin 2001: Soziale Marktwirtschaft –ein leerer Signifikant? Überlegungen im Anschluss an die Diskurstheorie Ernesto Laclaus, in: Angermüller, Johannes/Bunzmann, Katharina/Nonhoff, Martin (Hrsg.): *Diskursanalyse: Theorien, Methoden, Anwendungen*, Hamburg: Argument, 193-208

O'Malley, Pat 1996: Risk and Responsibility, in: Barry, Andrew/Osborne, Thomas /Rose, Nikolas (Hrsg.): *Foucault and Political* Reason, London: UCL Press, 189-207

O'Malley, Pat 1997: Policing, Politics and Postmodernity, in: Social *& Legal Studies* 6 (3), 363-381

O'Malley, Pat 1999: Governmentality and the Risk Society (Rezension), in: *Economy and Society* 28, 138-148

O'Malley, Pat 2000: Uncertain Objects: Risks, Liberalism and Contract, in: *Economy and Society* 29, 460-484

O'Malley, Pat 2004: *Risk, Uncertainty and Government*, London [u.a.]: The Glass House Press

O'Malley, Pat 2005: Book Review: Uncertain Business: Risk, Insurance and the Limits of Knowledge (Richard Ericson and Aaron Doyle), in: *Theoretical Criminology* 9, 503-507

O'Malley, Pat 2008: Governmentality and Risk, in: Zinn, Jens O. (Hrsg.): *Social Theories of Risk and Uncertainty - An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 52-75

Ojakangas, Mika 2005: Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben und Foucault, in: *Foucault Studies* 2, Mai 2005, 5-28

Opitz, Sven 2008: Zwischen Sicherheitsdispositiven und Securitization: Zur Analytik illiberaler Gouvernementalität, in: Purtschert, Patricia/Meyer, Katrin/Winter, Yves (Hrsg.): *Gouvernementalität und Sicherheit. Zeitdiagnostische Beiträge im Anschluss an Foucault*, Bielefeld: transcript, 202-228

Opitz, Sven/Tellmann, Ute (im Erscheinen): Katastrophale Szenarien: Gegenwärtige Zukunft im Recht und Ökonomie?, in: *Leviathan*, Sonderheft 25 (Sichbarkeitsregime. Überwachung. Sicherheit und Privatheit im 21. Jahrhundert, herausgegeben von U. Bröckling, L. Hempel und S. Krasmann)

Ott, Katharina 2008: *Verdeckte Ermittlungen im Strafverfahren. Die deutsche Rechtsordnung und die Rechtslage nach der EMRK in einer rechtsvergleichenden Betrachtung*, Frankfurt a. M.: Peter Lang

Park, Robert E. 1936: Human ecology, in: *American Journal of Sociology* 42(1), 1-15

Pasquino, Pasquale 1991: Criminology: The Birth of a Special Knowledge, in: Burchell, Graham/Gordon, Colin/Miller, Peter (Hrsg.): *The Foucault Effect*, London [u.a.]: Harvester Wheatsheaf, 235-250

Pawlik, Michael 2004: Die Verdrängung des Subjekts und ihre Folgen. Begründungsdefizite in Habermas' ‚System der Rechte', in: *Rechtstheorie. Habermas-Sonderheft*, 27. Band, Heft 3 (2. Aufl.), 441-447

Pestalozza, Christian 2004: Die widerwillen sperrende Bundeslücke bei der Sicherungsverwahrung, in: *Juristische Zeitung*, 605-609

Pfitzmann, Andreas 2008: Contra Online-Durchsuchung. Möglichkeiten und Grenzen der Nutzungsüberwachung von Informations und Kommunikationssystemen in einer freiheitlichen demokratischen Gesellschaft, in: *Informatik Spektrum* 31/1, 65-69

Plankstadt, Dieter Hömig 2009: ‚Neues' Grundrecht, neue Fragen? Zum Urteil des BVerfG zur Online-Durchsuchung, in: *Jura* 3, 207-213

Platzdasch, Günter 2005: Foltergeist, in Internet:

http://www.linksnet.de/de/artikel/19081 (zuletzt abgerufen am 02.09.2009)

Pohl, Hartmut 2007: Zur Technik der heimlichen Online-Durchsuchung, in: *Datenschutz und Datensicherheit* 31, 684-688

Pollähne, Helmut/Kemper, Andrea 2007: Unmenschliche und erniedrigende Drogenkontrollpolitik. Brechmitteleinsätze gegen das Folterverbot – zur Entscheidung des EGMR, in: *Kriminologisches Journal*, 39. Jg. H.3, 185-202

Poscher, Ralf 2006: Menschenwürde als Tabu. Die verdeckte Rationalität eines absoluten Rechtsverbots der Folter, in: Beestermöller, Gerhard/Brunkhorst, Hauke (Hrsg.): *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht?*, München: C.H. Beck, 75-87

Prantl, Heribert 2004: Bürger und Feinde, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 28.04.2004

Prantl, Heribert 2007: ‚Quasi-Verteidigungsfall'. Schäuble: Beim Abschuss gilt das Kriegsrecht, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 01.01.2007

Prantl, Heribert 2007a: Die Aale von Karlsruhe, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 04.07.2007

Prantl, Heribert 2009: Terrorcamp-Gesetz. Per Mausklick zum Terrorist, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 29.01.2009

Prittwitz, Cornelius 1993: *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Klostermann

Prittwitz, Cornelius 2004: Derecho Penal del Enemigo ¿Análisis Crítico o Programa de Derecho Penal?, in Mir Puig, Santiago/Gómez Martín, Víctor/Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Hrsg.): *La Política Criminal en Europa*, Barcelona: Atelier, 107-120

Prittwitz, Cornelius 2007: »Feinde ringsum«? Zur begrenzten Kompatibilität von Sicherheit und Freiheit, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.): *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 225-252

Pütter, Norbert/Narr, Wolf-Dieter/Busch, Heiner 2005: Bekämpfungsrecht und Rechtsstaat: Vorwärtsverrechtlichung in gebremsten Bahnen?, in: *Bürgerrechte & Polizei*/CILIP 82(3), 6-15

Rackow, Peter 2010: Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen, in: Bloy, René /Böse, Martin/Hillenkamp, Thomas/Momsen, Carsten/Rackow, Peter (Hrsg.): *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 615-641

Radtke, Henning 2010: Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 537-546

Radtke, Henning/Steinsiek, Mark 2008: Bekämpfung des internationalen Terrorismus durch Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen? – Zum Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten (Referentenentwurf des BMJ vom 21.4.2008), in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9, 383-395

Rehbinder, Eckard 1987 (ca.): *Vorsorgeprinzip im Umweltrecht und präventive Umwelt*, Berlin: Wisseschaftszentrum

Renn, Ortwin 1992: Concepts of Risk: A Classification, in: Krimsky, Sheldon/Golding, Dominic (Hrsg.): *Social Theories of Risk*, Westport, CT/London: Praeger, 53-79

Renzikowski, Joachim 2004: Die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die Europäische Menschenrechtskonvention, in: *Juristische Rundschau* 7, 271-275

Rivlin, Geoffrey 2004 (3. Aufl.): *Understanding the Law*, New York: OUP

Roggan, Fredrik 2000: *Auf legalem Weg in einen Polizeistaat. Entwicklung des Rechts der Inneren Sicherheit*, Bonn: Pahl-Rugenstein Verlag

Roggan, Fredrik 2003: Gefährdungen in der Rechtsentwicklungen, in: *Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat.* Konferenz der Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin in

Kooperation mit der Humanistischen Union e.V. am 26.März 2003 in Berlin, hrsg. v. Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin, 19-22

Rousseau, Jean-Jacques 1953 [1762]: *Der Gesellschaftsvertrag oder Grundlagen des Staatsrechts*, Rudolstadt: Greifenverlag

Roxin, Claus 2006: *Strafrecht: Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen: der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München: Beck

Roxin, Claus 2008: Einführung, in: *Strafprozessordnung*, 44. Auflage, Beck: München, IX-XXV

Ruggiero, Vincenzo 1996: War Markets: Corporate and Organized Criminals in Europe, in: *Social and Legal Studies* 5, 5-20

Ruggiero, Vincenzo 2006: *Understanding Political Violence*, London: Open University Press

Ruggiero, Vincenzo 2007: Guerra, imperio, delito y cosmopolitanismo, in: Böhm, María Laura/Gutiérrez, Mariano H. (Hrsg.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 317-334

Rzepka, Dorothea 2003: Zur aktuellen Verschärfung des Strafrechts, in: *Kriminologisches Journal*, 35 Jg., 234-237

Sachs, Michael 2004: Grenzen der Verfassungsänderung – Grundrechte – ‚Großer Lauschangriff' (Urteilbesprechung), in: *Juristische Schulung* 6, 522-527

Sack, Fritz 1993: Strafrechtliche Kontrolle und Sozialdisziplinierung, in: Frehsee, Detlev/Löschper, Gabi/Schumann, Karl (Hrsg.): *Strafrecht, soziale kontrolle, soziale disziplinierung. Jahrbuch für rechtssoziologie und rechtstheorie*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 16-45

Sack, Fritz 1995: Prävention – ein alter Gedanke in neuem Gewand. Zur Entwicklung und Kritik der Strukturen ‚postmoderner' Kontrolle, in: Gössner, Rolf (Hrsg.): *Mythos Sicherheit. Der hilflose Schrei nach dem starken Staat*, Baden-Baden: Nomos, 429-456

Sack, Fritz 1998: Conflicts and Convergences in Criminology: Bringing Politics and Economy Back In, in: Ruggiero, Vincenzo/South, Nigel/Taylor, Ian R. (Hrsg.): *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London/New York, 37-51

Sack, Fritz 2003: Governing Through Crime, in: *Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat.* Konferenz

der Friedrich-Ebert-Stiftung/Forum Berlin in Kooperation mit der Humanistischen Union e.V. am 26.März 2003 in Berlin, hrsg. v. Friedrich-Ebert-Stiftung, Forum Berlin, 59-70

Sack, Fritz 2006: Die gesellschaftlichen Ursachen der Punitivität. Einige Notizen, Vortrag am Institut für kriminologische Sozialforschung der Universität Hamburg, bei der 1. Studententagung „Im Gespräch. Zur Aktualität der Kriminologie“, 13./14. Januar 2006

Sack, Fritz 2007: El derecho penal del enemigo, ¿un camino hacia una política criminal diferente?, in: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Criminología* 4, Buenos Aires: Ad Hoc, 128-158

Sack, Fritz/König, René (Hrsg.) 1968: *Kriminalsoziologie*, Frankfurt a.M.: Akademische Verlagsgesellschaft

Salomon, David 2008: Carl Schmitt Reloaded. Otto Depenheuer und der ‘Rechtsstaat’, in: *Prokla* 152. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft, 38. Jg (3), 429-442

Sarasin, Philipp 2001: Diskurstheorie und Geschichtswissenschaft in: Keller, Reiner et al. (Hrsg.): *Handbuch Sozialwissenschaftliche Diskursanalyse, Band I,* Opladen: Leske + Budrich, 53-79

Šarčević, Edin 1996: *Der Rechtsstaat: Modernität und Universalitätsanspruch der klassischen Rechtsstaatstheorien; eine Bilanz der Rechtsstaatslehren zwischen aufgeklärtem Liberalismus und Nationalismus*, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag

Satzger, Helmut 2009: Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht – Grundlagen und wichtige Einzelprobleme, in: *Jura* 2009, 759-768

Saussure, Ferdinand de 1965: *Cours de Linguistique Générale*, Paris: Payot

Scheerer, Sebastian 1995: Kleine Verteidigung der sozialen Kontrolle, in: *Kriminologisches Journal* 27, 120-133

Scheerer, Sebastian 1998: The Delinquent as a Fading Category of Knowledge, in: Ruggiero, Vincenzo/South, Nigel/Taylor, Ian (Hrsg.): *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London: Routledge, 425-442

Scheerer, Sebastian/Böhm, María Laura/Víquez, Karolina 2006: Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho Penal del Enemigo, in: Cancio Meliá, Manuel/Gómez-Jara Díez, Carlos (Hrsg.): *Derecho*

Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión, Band II, Madrid/Montevideo: Edisofer und B. de F., 917-938

Schmitt, Carl 1922: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München/Leipzig: Duncker & Humblot

Schmitt, Carl 1934: Der Führer schützt das Recht, in: *Deutsche-Juristen-Zeitung* 39, Sp. 945-950

Schmitt, Carl 1935: Die Verfassung der Freiheit, in: *Deutsche-Juristen-Zeitung* 40, Sp. 1133-1135

Schmitt, Carl 1963 [orig. 1927]: *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot

Schmoeckel, Mathias 1996: Ortung und Ordnung. Carl Schmitt im Nationalsozialismus, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* B51/96, 34-47

Schneider, Peter 1982: *Unrecht für Ruhe und Ordnung*, Zürich: Limmat Verlag

Schoch, Friedrich 2005 (3. Aufl.): Entformalisierung staatlichen Handelns, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, Demokratie-Bundesorgane, § 37

Schreiber, Manfred 1977: *Zwischen Sicherheit und Freiheit*, München-Wien: Günter Olzog Verlag

Schumann, Karl 1968: *Zeichen der Unfreiheit: zur Theorie und Messung sozialer Sanktionen*, Freiburg i.Br.: Rombach

Schünemann, Bernd 2001: Die Deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in: *Goldtammers Archiv für Strafrecht*, 205-225

Schulz, Lorenz 2000: Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum Feindstrafrecht, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 112/3, 653-664

Schur, Edwin 1969: Reactions to Deviance: A Critical Assesment, in: *American Journal of Sociology* 75, 309-322

Schur, Edwin 1971: *Labeling Deviant Behaviour: Its Sociological Implications*, New York [u.a.]: Harper & Row

Seelmann, Kurt 1992: Risikostrafrecht. Die ‚Risikogesellschaft' und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht, in: *Kritische Virteljahreszeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 452-471

Sellin, Thorsten 1960: Enrico Ferri (1856-1929) in: Mannheim, Hermann (Hrsg.): *Pioneers in Criminology*, London: Stevens, 277-300

Shank, Gregory 1987: Counterterrorism and Foreign Policy, in: *Crime and Social Justice* 27/28, 33-65

Sieber, Ulrich 2009: Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Gewalt. Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im ‚Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 353-364

Sieber, Ulrich/Bögel, Marion 1993: *Logistik der Organisierten Kriminalität: wirtschaftswissenschaftlicher Forschungsansatz und Pilotstudie zur internationalen KfZ-Verschiebung, zur Ausbeutung von Prostitution, zum Menschenhandel und zum illegalen Glückspiel*, Bundeskriminalamt Wiesbaden

Simon, Jonathan 2001: 'Entitlement to Cruelty': The End of Welfare and The Punitive Mentality in The United States, in: Stenson, Kevin/Sullivan, Robert R. (Hrsg.): *Crime, Risk and Justice. The politics of crime control in liberal democracies*, Devon: Willan Publishing, 125-143

Singelstein, Tobias/Stolle, Peer 2008: *Die Sicherheitsgesellschaft. Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*, 2. Aufl., Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften

Sparks, Richard 2001: Degrees of Estrangement: The cultural Theory of Risk and Comparative Penology, in: *Theoretical Criminology* 5, 159-176

Stahl, Friedrich J. 1963 [orig. 1878]: *Die Philosophie des Rechts. Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Band II, 2. Abt. (5. Unv. Aufl. 1878), Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft

Stangl, Wolfgang 1988: *Wege in einer gefängnislose Gesellschaft*, München: Klett-Cotta im Dt. Taschenbuch-Verlag

Starck, Christian 2005: Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch *des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland,* Band III, 3. Aufl., Demokratie-Bundesorgane, § 33

Stehr, Johannes 1994: Soziale Ausschließung als Abwehr von Herrschaft, in: *Kriminologisches Journal* 26, 273-295

Steiger, Dominik 2007: *Die CIA, die Menschenrechte und der Fall Khaled el-Masri: Zugleich ein Beitrag zur Frage der Anwendbarkeit des gemeinsamen Art. 3 der Genfer Konvention auf den „Krieg gegen den Terror“*, Potsdam: Universitätsverlag Potsdam

Steinert, Heinz 1996: Schwache Patriarchen – gewalttätige Krieger: Über Männlichkeit und ihre Probleme zwischen Warenförmigkeit, Disziplin, Patriarchat und Brüderhorde: Zugleich eine Analyse von ‚Dirty Harry' und anderen Clint Eastwood Filmen', in: Kersten, Joachim/Steinert, Heinz (Hrsg.): *Starke Typen: Iron Mike, Dirty Harry, Crocodile Dundee und der Alltag von Männlichkeit. Jahrbuch für Rechts- und Kriminalsoziologie*, Baden-Baden: Nomos, 121-157

Steinert, Heinz 1998: 'Ideology with Human Victims': The institution of 'crime and punishment' between social control and social exclusion: historical and theoretical issues, in: Ruggiero, Vincenzo/South, Nigel/Taylor, Ian (Hrsg.): *The New European Criminology. Crime and Social Order in Europe*, London: Routledge, 405-424

Steinert, Heinz 2001: Kulturindustrie und die Zivilisierung der Gewalt, in: Albrecht, Günter/Backes, Otto/Kühnel, Wolfgang (Hrsg.): *Gewaltkriminalität zwischen Mythos und Realität*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 101-122

Steinhoff, Uwe 2004: Probleme der Legitimation des demokratischen Rechtsstaates, in: *Rechtstheorie. Habermas-Sonderheft*, 27. Band, Heft 3, 2. Aufl., 449-459

Stenson, Kevin 1998: Beyond Histories of the Present, in: *Economy and Society* 27, 333-352

Stolle, Peer 2008: Die aktuellen Terrorismus-Verfahren und ihre Folgen, in: *Kriminologisches Journal* 40. Jg., H.2, 123–136

Strafverteidigertag 2005: *Wen schütz das Strafrecht? 29. Strafverteidigertag*, Aachen, 4.-6. März 2005, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Band 29, Berlin

Sutherland, Edwin 1983: *White Collar Crime: The Uncut Version*, New Haven/London: Yale University Press

Sutherland, Edwin/Cressey, Donald 1960: *Principles of Criminology*, Chicago [u.a.]: Lippincott

Taylor, Ian/Walton, Paul /Young, Jock 1988: *The New Criminology. For a social theory of deviance*, New York: Routledge

Thiede, Frank 2008: Entwurf des BKA-Gesetzes, in: *Kriminalistik* 10/2008, 539-542

Tinland, Franck 1985 : Hobbes, Spinoza, Rousseau et la formation de l'idée de démocratie comme mesure de la légitimité du pouvoir politique, *Revue Philosophique* 2, 195-222

Tiscornia, Sofía 2004: Entre el imperio del 'Estado de Policía' y los límites del derecho. Seguridad ciudadana y policía en Argentina, in: *Nueva Sociedad* Nr. 191, mayo/junio, Venezuela, 78-89

Torfing, Jacob 1999: *New Theories of Discourse. Laclau, Mouffe and Žižek*, Cornwall: Backwell

Tulloch, John 2008: Culture and Risk, in: Zinn, Jens O. (Hrsg.): *Social Theories of Risk and Uncertainty - An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 138-167

Tversky, Amos/Kahneman, Daniel 1987: Rational Choice and the Framing of Decisions, in: Hogarth, Robin M./Reder, Melvin (Hrsg.): *Rational Choice: The Contrast between Economics and Psychology*, Chicago: UCP, 67-84

Ullenbruch, Thomas 2007: Nachträgliche Sicherungsverwahrung – ein legislativer ‚Spuk' im judikativen ‚Fegefeuer'?, in: *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 62-71

Uwer, Thomas (Hrsg.) 2006: *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Berlin: Strafverteidigervereinigungen.

van Dülmen, Richard (Hrsg.) 1982: *Entstehung des frühneuzeitlichen Europa, 1550-1648*, Frankfurt: Fischer

van Swaaningen, René 1997: *Critical Criminology. Visions from Europe*, London [u.a.]: Sage

van Swaaningen, René 1998: Critical Criminology on the European Continent: Its History, Rise, Fall and Resurrection, in: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 6(1), 41-54

Villaverde, María José 1993: Estudio Preliminar, in: Rousseau, Jean-Jacques: *El contrato social*, Barcelona: Altaya

Volckart, Bernd/Grünebaum, Rolf 2003: *Maßregelvollzug: das Recht des Vollzugs der Unterbringung nach §§ 63, 64 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt*, 6. Aufl., Neuwied: Luchterhand

von Hirsch, Andrew/Shearing, Clifford 2000: Exclusion from Public Space, in: von Hirsch, Andrew/Garland, David/Wakefield, Alison (Hrsg.):

Ethical and Social Perspectives on Situational Crime Prevention, Oxford/Oregon: Hart Publishing, 77-96

von Humboldt, Wilhelm 1946 [orig. 1792]: *Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates [Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen]*, Nürnberg: Care

von Liszt, Franz 1982 [orig. 1882]: Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: Ostendorf, Heribert (Hrsg.): *Von der Rache zur Zweckstrafe - 100 Jahre „Marburger Programm" von Franz von Liszt (1882)*, Frankfurt a.M.: Metzner, 23-32

Vormbaum, Thomas 2009: *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Berlin: Springer

Wacquant, Loïc 1999: Suitable Enemies: Foreigners and Immigrants in Europe´s Prisons, in: *Punishment & Society* 1-2 (Fall 1999), 215-223

Wacquant, Loïc 2000: *Elend hinter Gittern*, Konstanz: UVK Universitätsverlag Konstanz

Wacquant, Loïc 2001: *Los parias urbanos*, Buenos Aires: Ediciones Manantial

Wacquant, Loïc 2005: The Great Carceral Leap Backward: Imprisonment in America from Nixon to Clinton, in: Pratt, John et al. (Hrsg.): *The New Punitiveness: Trends, Theories, Perspectives*, London: Willan, 3-26

Walter, Tonio 2008: Der Referentenentwurf eines ‚Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren Gewalttaten', in: *Kritische Justiz* 4/2008, 443-450

Walther, Susanne 1997: Umgang mit Sexualstraftätern: Amerika, Quo Vadis? Vergewisserungen über aktuelle Grundfragen an das (deutsche) Strafrecht, in: *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 80(4), 199-221

Warntjen, Maximilian 2007: *Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung – Eine Konzeption im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung, BVerGE 109, 279*, Baden-Baden: Nomos

Weber, Hartmut-Michael 1993: Lebenslange Freiheitsstrafe in der Bundesrepublik – Abschaffungsperspektiven gegenüber positiver Reform, in: Papendorf, Knut/Schumann, Karl, F. (Hrsg.): *Kein schärfer Schwert, denn das für Freiheit streitet! Eine Festschrift für Thomas Mathiesen,* Bielefeld: AJZ, 327-355

Weber, Hartmut-Michael/Reindl, Richard 2001: Sicherungsverwahrung: Argumente zur Abschaffung eines umstrittenen Rechtsinstitut, in: *Neue Kriminalpolitik* 13/1, 16-21

Weichert, Thilo 1989: Sicherungsverwahrung: verfassungsgemäß?, in: *Strafverteidiger*, 265-274

Weißer, Bettina 2009: Über den Umgang des Strafrechts mit terroristischen Bedrohungslagen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 121(1), 131-161

Welp, Jürgen 1994: Der SPD-Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, in: *Strafverteidiger*, 161-166

Weßlau, Edda 2004: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung. Auswirkungen auf den Strafprozess, in: Roggan, Fredrik (Hrsg.), *Lauschen im Rechtsstaat. Zu den Konsequenzen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zum großen Lauschangriff. Gedächtnisschrift für Hans Lisken*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 47-67

Wetzell, Richard F. 2000: *Inventing The Criminal. A History of German Criminology, 1880-1945*, Chapel Hill/London: The University of North Carolina Press

Winkeler, Frank 2007: *Bedingt abwehrbereit? Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Gefahrenabwehrmaßnahmen auf Kosten Unschuldiger am Beispiel des Luftsicherheitsgesetzes, Schriften zum Recht der Inneren Sicherheit,* Stuttgart: Richard Boorberg Verlag

Wolf, Rainer 1987: Zur Antiquertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: *Leviathan*, 357-391

Wolff, Heinrich A. 1999: Der Grundsatz ‚nulla poena sine culpa' als Verfassungsrechtsssatz, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 124, 55-86

Wright, Steve 1996: The New Trade in Technologies of Restraint and Electroshock, in: Forrest, Duncan (Hrsg.): *A Glimpse of Hell*, London: Cassell

Wüstenhagen, Peggy 2008: *Sicherungsverwahrung gegen Heranwachsende und Jugendliche*, Marburg: Tectum

Young, Jock 2001: Verwischte Grenzen. Bulimie und Exklusion in der Spätmoderne, in: *Kriminologisches Journal*, 33. Jg., 189-204

Young, Jock 2002: Searching for a New Criminology of Everyday Life: A Review of 'The Culture of Control', By David Garland, in: *British Journal of Criminology* 42, 228-261

Young, Jock 2003: Merton with Energy, Katz with Structure: The sociology of vindictiveness and the criminology of transgression, in: *Theoretical Criminology*, 7(3), 389-414

Zaffaroni, Eugenio Raúl 2006: *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar

Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro /Slokar, Alejandro 2000: *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires: Ediar

Zaitch, Damián/van Swaaningen, René/Geelhoed, Fiore 2007: La metáfora del ‚9/11' como marco conceptual de los cambios políticos en Holanda, in: Böhm, María Laura/Gutiérrez, Mariano H. (Hrsg.): *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires, 187-218

Zedner; Lucia 2006: Policing Before and After the Police. The Historical Antecedents of Contemporary Crime Control, in: *British Journal of Criminology* 46, 78-96

Ziercke, Jörg 2008: Pro Online-Durchsuchung, in: *Informatik Spektrum*, Band 31/1, 62-64

Zimring, Franklin/Hawkins, Gordon 1973: *Deterrence: The legal threat in crime control*, Chicago: University of Chicago Press

Zinn, Jens 2008: Introduction: The Contribution of Sociology to the Discourse on Risk and Uncertainty, in: ders. (Hrsg.): *Social Theories of Risk and Uncertainty - An Introduction*, Oxford – Malden (MA): Blackwell, 1-17

Die vorliegende Untersuchung setzt sich mit neuen Adressaten des Strafrechts auseinander, deren Konstruktion im Strafrechtsdiskurs zunächst an Transformationen des Rechtsstaatskonzeptes denken lassen könnte. Eine genauere Betrachtung enthüllt jedoch alt bekannte Komponenten des Strafrechtes, die diesen neuen Figuren, den ‚Gefährdern', innewohnen. Eine Analyse von Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur nachträglichen Sicherungsverwahrung und zur akustischen Wohnraumüberwachung verdeutlicht, dass rechtsstaatliche Prinzipien und Mechanismen nicht etwa obsolet, sondern vielmehr umformuliert und praktiziert werden. Das Strafrecht agiert – rechtsstaatskonform – immer aggressiver und immer zerstreuter. Diesen Manifestationen des gegenwärtigen Strafrechts, das sich gegen jegliche Gefährdung der Sicherheit richtet – und welches hier als ‚Gefährdungsrecht' bezeichnet wird –, ist dezidiert entgegenzutreten.



ISBN: 978-3-86395-004-0
ISSN: 1864-2136

Universitätsverlag Göttingen